

ハードローの存立基盤——選好順位・予期・一般化の枠組み

木村草太  
首都大学東京都市教養学部法学系

2007年2月

## ハードローの存立基盤——選好順位・予期・一般化の枠組み

### 課題の設定

本COEプログラム政府規制部門リーダー中里実教授は、「選好ないし効用関数がいかに形成されてきたかを検討する」ことを、本プロジェクトの取り組むべき問題の一つとして設定した<sup>1</sup>。中里教授の設定する問題は、ソフトローのみならず、ハードローの構造を把握する上で、極めて重要な問題である。

本プロジェクトにおいて、ソフトローの定義について、一定の議論が蓄積されてきた。他方、それと対比されるハードローの概念・定義については、さほど緻密な議論がなされてこなかったように思われる。

本稿は、中里教授の議論を手がかりに、ハードローの存立基盤を明らかにすることでその概念を明確化し、ハードローとソフトローとは、いかなる点で異なり、また、いかなる点で異なるのか、を示すことを目的とする。また、本稿の検討は、今後取り組まれるべき、より重要な課題を示すことになる。

### 1、執行官はなぜ執行するのか？——ハードローの存立基盤

本プロジェクトのソフトローの定義によれば、〈契約は履行されなければならない〉という民法規範はハードローである。確かに、意思表示の合致が裁判所により認定されれば、給付判決が下される。給付判決があれば、民事執行官による執行などの形で強制執行が可能である。逆に言えば、それを強制執行すべし、というルールが存在するからこそ、〈民法はハードローだ〉と言える。

このような分析から、ハードローの構造が明らかになる。すなわち、**ハードローとは、あるルール（契約は履行されるべし）について、それを強制するための別のルール（執行官は執行すべし）が成立しているルール**である<sup>2</sup>。

ハードローのこのような構造を理解したとき、次のような問題が設定される。〈ここに言う「それを強制するための別のルール」は、いかなる基盤に依拠して成立しているのか？〉この問題は、ハードローの概念を理解するために、重要な問題であるように思われる。

<sup>1</sup> 中里実「自律的ルールの重要性」（ソフトロー研究第1号・2005年）146頁。

<sup>2</sup> 本稿のハードローの定義は、中山信弘「創刊の辞」（ソフトロー研究第1号）で示された定義を、法を一次ルール（責任の所在に関するルール）と二次ルール（承認・変更・裁判のルール）の結合とする H.L.A Hart, "The Concept of Law", (2<sup>nd</sup> edition, 1994) Chapter V（第一版については邦訳がある。ハート・矢崎光圀訳『法の概念』みすず書房・1976年）の議論から示唆を得て、変形したものである。Hart の Law の定義は、ハードロー概念に有益であるが、ハードローの定義そのものではない。

## 2、選好順位の構造——文化・選考・予期

### (1) 文化説と選好説

なぜ、執行官は、執行をするのか。この問題に対し、幾つかの解答があり得る。

第一の解答は、文化説と呼ばれるものである。執行官は、執行する文化を持った人々であり、だからこそ執行するのだ。文化説は、こう主張する。

中里教授は、文化説が単なる結論の言い換えにすぎない、ことを指摘する<sup>3</sup>。確かに文化説は、何がそのような文化をもたらしたのか、を説明できなければ、文化説は単なるトロジーに終わる。

文化説を批判する中里教授の議論は、人間の行動を規定するのは選好順位・効用関数であり、文化の差異とは選好順位の差異の言い換えに過ぎない、と要約することが可能である<sup>4</sup>。しかし、ここに言う「選好順位」が、単なる個人的好き嫌い、趣味嗜好を意味しているのだとすれば、それはあまり説得的でない。執行官は、(ワイン好きがワインを飲むように) 民事執行を嗜好するがために執行を行っているという説明は、珍妙な説明であろう。

### (2) 予期+嗜好説

選好説からの執行官の行動の、より洗練された説明として、執行官は、<執行をすれば給与をもらえるが、執行を怠れば懲戒される>との予期を持ち、かつ、<給与が欲しい>との趣味嗜好を持っているがために、執行をするのだ、というものが考えられる。

この説明は、個人の趣味嗜好よりも、その予期の構造を重視する説明であり、単純な趣味嗜好説ではない。これを予期+嗜好説と呼ぶことにしよう<sup>5</sup>。執行官の執行という活動の説明として、上に検討した文化説・嗜好説ともに単純すぎるきらいがある。この予期+選好説は、一定の説明力があるように思われる。

### (3) 選好順位の構造

予期+選好説の説明が示唆するのは、次のようなことである。

我々は、何らかの行動をする際に、その行動のみならず、それに連結すると予期される事態(ここでは懲戒処分)を踏まえた上で選択を行っている。個人的好き嫌いや趣味嗜好は、人間行動の唯一の原因ではない<sup>6</sup>。

執行官が、<怠ける+給与をもらう>という選択を嗜好していても、そのような事象が生じないだろうと予期していれば、怠けるという行動を選択しない。選好という言葉<sup>7</sup>を、

<sup>3</sup> 中里前掲 138 頁。

<sup>4</sup> 中里前掲 147 頁の藤谷武史助教授による中里論文要約参照。

<sup>5</sup> 宮台真司『権力の予期理論』(勁草書房・1989年)は、予期の構造をキーワードに権力という体験を分析する。本稿の議論は、この分析に多くを拠っている。

<sup>6</sup> 中里論文の文化説批判は、当を得たものであった。しかし、中里教授の議論は、選好説内部の議論の精密化という観点から見たとき、検討が不十分であったように思われる。

<sup>7</sup> 選好順位や効用関数の概念は、極めて曖昧である。例えばクーター&ユーレン(太田勝造訳)『新版・法と経済学』(商事法務・1997年)33頁は、これらの概念の多義性を指摘する。筆者は、これらの概念規定の未熟さが経済学の発展を妨げる根本的要因であると考えている。

個人の趣味嗜好を意味するものとして使えば、〈選好は、人間の行動の決定的な要因ではない〉。

選好順位を、行為者（ここでは執行官）が想定しうる〈自らの行動とそれに連結する事象〉中の順位、として理解する限りで、〈選好順位は、人間の行動の決定的な要因である〉と述べることができる。

このように考えたとき、選好順位は、予期の構造に規定されていると考えざるを得ない<sup>8</sup>。予期されない事象は、そもそも選好順位の評価対象外に置かれるからである。要するに、**選好順位とは、予期される事象の間の嗜好の順位**であり、**選好順位は、行為者の予期の構造に決定的に拘束されている**。このような意味での選好順位は、人間行動の決定的要因である。

### 3、予期の構造をもたらすもの；認識枠組み

2の結論が説得的であるとすれば、〈予期構造の形成因〉は、人間の行為に決定的に影響を与える要素だということになる。では、何が、予期構造を決定しているのか。

#### (1) 懲戒の予期とインクのしみ

〈執行官に、懲戒という予期を生じさせる原因は何なのか〉という問題について、検討する。この点についても色々な説明が可能である。

簡単な解答は、〈それは公務員法規の「条文」である〉という見解である。しかし、これは説得的ではない。条文はただのインクのしみであり、インクのしみそのものは何ら執行官に物理力を及ぼさない<sup>9</sup>。

そこで、この解答を修正するものとして、〈執行官が、公務員法規の条文を見た上司（懲戒機関）は、怠けた場合に自分（執行官）を懲戒すべきだ、との意味だと認識するであろうと予測するからだ〉<sup>10</sup>、というものがある（以下、インクのしみのある場合をケース1と

---

<sup>8</sup> 飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』（勁草書房・2004年）159頁は、囚人のジレンマ状況を〈囚人のジレンマ状況として認識〉しなければ、行為者はゲーム理論が囚人のジレンマ状況について予測する行動はとらないであろう、と主張している。

<sup>9</sup> 文字や言葉は、インクのしみや空気の振動である。それが意味を持つのは、我々がそれをそのように認識するからにすぎない。未知の外国語の法文を見せられた場合、それがどんなに強力な武力を持った国家の法文であっても、行為者は、何ら予期をしようがない。その法文の意味を認識することが出来ないからである。

<sup>10</sup> この解答は、〈上司〉と〈執行官〉は、何らかの共通の認識の枠組み（言語や法解釈の知識）を持っていることを前提としている。言語は、意味そのものではなく、インクのしみを理解するための認識枠組みである。

カントは、「対象は我々の感覚を触発して、或はみずから表象を作り出し、或はまた我々の悟性をはたらかせてこれらの表象を比較し結合しまた分離して、感覺的印象という生の材料にいわば手を加えて対象の認識にする」と述べる（カント（篠田英雄訳）『純粹理性批判・上』57頁）。長尾教授は、この記述を「認識とは感性による知覚を『悟性の範疇』で『整序』するときにはじめて成立する」ことを述べたものと解説する（長尾龍一『法哲学批判』（新山社・1999年）付録3法哲学講義§68）。

表記する)。

## (2) 上司の内心

後者の解答は、当然のように見えるが、極めて興味深い解答である。この解答は、インクのしみから得る意味の理解という<上司の内心に生じる現象>を、執行官が予測できる、ことを前提にしている。

執行官の懲戒の予期形成因とは、<上司の内心に生じる現象>に関する予期であった。今の例では、それはインクのしみの意味理解という一般に<条文の解釈>と呼ばれる現象であった。しかし、<上司の内心に生じる現象>は、条文の解釈に限られるわけではない。

仮に、公務員法の規定に<執行を怠けた執行官を懲戒する>という明文のインクのしみが欠けていたとする(ケース2)。この場合でも、執行官が、<上司は執行官に対し様々な不利益(昇進のコントロールなど)を及ぼす手段を持っているだろう>と認識しており、<上司の内心では懈怠の認知→不利益付与すべきだ、との認識が生じるだろう>と予想していれば、執行官は、<執行→利益; 懈怠→不利益>という予期の下に行動することになる<sup>11</sup>。

## (3) 過去の経験

とすれば、条文は、少なくとも予期の必要条件ではない。では、何が予期形成因となるのか。一つの考え方は、過去の経験が予期形成の原因となっている、というものである。例えば、ケース2における認識と予想をもたらすものの例として、過去の先輩同僚あるいは執行官以外の公務員の懲戒の経験の認識が挙げられる。ケース1では、過去のインクのしみの解釈の事例の認識が、上司がこう理解するだろうとの予測の原因である、と説明することができる。

## (4) 一般化の認識枠組み

しかし、過去の経験はあくまで過去の経験にすぎない。とすれば、過去の経験について、<過去のAの懈怠→懲戒事例は、A固有の一回きりの処理であり、自分の懈怠とは無関係だろう>と認識することも可能である。ここに言う<過去のAの懲戒>を、<執行官の懲戒>という抽象的な形で認識し、それが<自分の事例>と共通するのだ、という認識の枠組み(以下、一般化の認識枠組み、と呼ぶ)を採用したとき、初めて、過去の経験から将来の予測を行う、という離れ業が可能になる<sup>12</sup>。

---

<sup>11</sup> 宮台前掲42頁は、さらに、<実際には>上司が不利益付与を行うつもりがなくても、執行官が不利益付与をされるだろうと予期すれば、そこに「妄想的権力」という現象が生じるであろうことを示唆する。

<sup>12</sup> これは、別に人間の行動の予測に限定されたことではない。これが有名なヒュームの因果律批判である。

<水は一気圧の下だと100度で沸騰する>という自然法則も、過去の実験は全て100度で沸騰した、という事実を未来に投影した認識(ないし妄想)の産物にすぎない。我々は、<過去100度さいころを振り全て1の目が出た、だから1が出るのが自然法則だ>、<ディープインパクトは過去のレースで全て入賞した、ディープ入賞も自然法則だ>、とは考えない。しかし、そのような考え方と、沸騰の温度を自然法則として認識することとの間

選好順位は、行為者の予期する事象の間の順位である。そして、行為者の予期構造の形成を決定的に支配するのは、過去の経験に一般化の認識枠組みを適用して得る認識である。

#### 4、結論と問題提起

本稿の分析を要約すると、次のようになる。

- ① ハードローは、実体的ルールと、その強制に関するルールの結合したルールである。
- ② 執行機関が執行するのは、執行官の選好順位の最高の事象が、＜執行とそれに連結すると予期される事象＞だからである（予期＋選好説）。
- ③ 選好順位・効用関数は、予期の構造により決定的に拘束されている。
- ④ 予期の構造は、過去の経験と一般化の認識枠組みにより、形成される。

この分析は、何が選好順位を決定しているのか、という問題について一定の解答と課題を示している。その一定の解答とは、＜過去の経験と一般化の認識枠組みがもたらす予期の構造＞が選好順位を決定している、というものである。ハードローは、執行官が執行しなければならない、というルールを支える＜一般化の認識枠組み＞によって支えられている。以上が、本稿冒頭の問題に対する解答である。

この解答は、ハードローとソフトローとの距離が、それほど大きなものではない、ことを示唆する。ハードローと呼ばれるルールを支えるのは、強制機関の内心にある＜一般化の認識枠組み＞とそれがもたらす＜予期の構造＞であり、物理的な強制力ではない。従って、物理的な強制力に依拠しないソフトローというルールと、ハードローの距離は、意外に近いことが分かる。

そして、本稿の分析は、新たな課題を設定する。すなわち、＜一般化の認識枠組み＞はどのように獲得されるのか、またそもそも＜認識枠組みとは何か＞という課題である。この課題について論証するためには、本稿のここまでの分析とは異なる視点からの問題設定を行う必要がある。このため、その検討は別稿<sup>13</sup>に委ねることにしたい。

---

に本質的な差異はない。

ケルゼンは、自然法則のごとき因果律は、「現実には観察可能な事象間に因果関係を見出すべき」だとする規範に従って人間が作り出したものだとする。ケルゼン（長尾龍一訳）「因果と応報」『ケルゼン選集・正義とは何か』（木鐸社・1975年）191頁参照。

<sup>13</sup> 筆者は、この課題に対し＜法と経済学＞の手法は有用ではないと考えている。別稿では、それとは異なる枠組みから、この課題に接近する予定である。