

司法審査と公共選択

——立法裁量論の予備的検討(一)

宇佐美 誠

- 一 はじめに
- 二 立法裁量論とその根拠
 - 1 立法裁量と立法裁量論
 - 2 立法裁量論の根拠
- 三 公共選択
 - 1 概 観
 - 2 社会的選択理論(以上、本号)
 - 3 合理的選択理論
 - 4 立法裁量論の根拠への含意
- 四 批判と応答
- 五 おわりに

一 はじめに

わが国の裁判所、特に最高裁判所は憲法訴訟において、これまでつとに指摘されてきたように自制的態度を原則的に堅持してきた。この態度を帰結している主要な裁判法理の一つは立法裁量論^①である。立法裁量(論)の理解については学説が分かれるが、ここで言う立法裁量論とは、憲法訴訟において裁判所が国会の立法行為を尊重し、自らが判断するのを控えて、当該行為を合憲とするべきである範囲が存在するという法理を意味する^②。この範囲に属するとされた問題は判例上「立法政策の問題」と呼ばれている。

一九六〇年代後半以降の判例は立法裁量論の採用を一つの特徴としており、その多くは裁量範囲を広く解して合憲の結論にいたっている^③。主要な最高裁判決に限定しても、地方公務員法による団結権の制限の合憲性が争われた和歌山県教職員組合事件の判決^④、小売商業調整特別措置法による小売市場の許可規制を合憲とした判決^⑤、国家公務員法および人事院規則の罰則の合憲性が問われた猿払事件の判決^⑥、公職選挙法の戸別訪問禁止を合憲とした判決^⑦、児童扶養手当法の併給禁止が問題となった堀木訴訟の判決^⑧、公職選挙法の参議院議員定数配分が争われた定数配分不均衡訴訟の判決^⑨、旧所得税法の給与所得課税をめぐる大島サラリーマン税金訴訟の判決^⑩等が挙げられる^⑪。もっとも、立法裁量論を採るが裁量範囲を狭く解して、違憲の結論に達した判決も見られる。最高裁判決では、薬事法による薬局開設の距離制限を違憲とした判決^⑫、衆議院議員定数配分不均衡訴訟の昭和五一年判決^⑬、森林法による共有林分割請求の制限を違憲とした判決^⑭がその例である。このような結論の分岐は裁量範囲の広狭^⑮に依存している。その意味では、裁判所の自制的態度は、裁量範囲が狭く解される傾向がもたらす帰結という側面をもっている。

立法裁量論における裁量範囲の広狭は、国会が個々の争点において、あるいは一般的にもっている能力や機能に対する裁判所の評価によって大きく左右されると考えられる。国会への評価は、いくつかの要素に対する評価の関数と

して把握することができらう。評価の対象としては、国会議員または政党の平均的な資質・情報量や行動原理、審議・採決を中心とする国会運営、さらには国会議員を選出する選挙の実態などが挙げられる。このような推測が誤りでないとすれば、裁判所が様々な領域で採用してきた立法裁量論を検討するためには、立法過程や選挙過程を含む政治過程全体を視野に収めることが必要とならう。

その政治過程を経済学的方法によって解明する諸研究が三〇年余の間に大きな発展を遂げてきた。それらの研究は「公共選択(public choice)¹⁶」と総称されている。公共選択とは、要約的に言えば非市場的決定の経済学的研究である。¹⁷公共選択は法実践全体を解釈する上で重要な含意をもつとともに、個々の法的争点について論ずる際にも有益だと思われる。アメリカでは近年、公共選択の多様な法学的含意に対する認識が次第に広まってきており、この認識に基づく法と公共選択(Law and public choice)という新たなアプローチが形成されつつある。公共選択の含意を踏まえた研究はいまや、制定法解釈、²¹憲法解釈や司法審査論、²²行政法改革論、²³法制史²⁴その他の文脈で盛んに行われている。わが国では、この法学的含意はまだまだほとんど認識されておらず、²⁵法と公共選択の共同投企は緒についてさえいない。しかし、公共選択の含意はいくつかの領域において探求するに値すると思われる。その一つが立法裁量論である。本稿は、公共選択が立法裁量論に対してもつ含意を考察することを通じて、この法理に基づく判例の自制的態度を批判的に検討するための新たな視点を提供しようとする、法と公共選択の試みである。

二では、立法裁量と立法裁量論とを区別して本稿の検討対象を確定した上で、立法裁量論を根拠づける議論を判例から抽出して問題設定を行う。三では、公共選択を概括的に説明した後に、立法裁量論にとって重要な論点に関わる成果を順次紹介し、それらの成果が根拠づけの議論に対してもつ含意を指摘する。四では、公共選択や法と公共選択に対するいくつかのありうべき疑問や論難に応答し、最後に五で若干の考察を行う。

二 立法裁量論とその根拠

1 立法裁量と立法裁量論

立法裁量(論)の理解をめぐっては学説の対立が見られる。一方には、立法裁量(論)を原則的に行政裁量と並立的なものとして理解した上で、裁量範囲を憲法の文言などから引き出す試み⁽²⁶⁾があり、また国会に固有な考量に基づく選択の能力⁽²⁷⁾や、権力分立制に基づく司法権の制度的限界⁽²⁸⁾として捉える見解がある。他方には、司法審査における裁判法理としての立法裁量(論)という理解⁽²⁹⁾が近年見られ、なかでも、(裁判所が解釈した)憲法上の原理と法律上の原理とが衝突する場合に後者を尊重する原理の序列化として捉える見解⁽³⁰⁾が強力に唱えられている⁽³¹⁾。

ところで、国会の裁量は少なくとも二つの局面で語られうる。一つは、国会が立法行為をなすときに自らの裁量権を前提する局面である。この局面での裁量は従来、国会に憲法上与えられた権能という観点からおもに理解されてきた。立法裁量(論)を権力分立制から派生するものと捉える見解はその好例である。しかし、ここでの裁量は、国会が自らの権能についてもつ解釈のみならず、憲法上の権利規定についてもつ解釈によっても規制されているという点に注意したい。いま一つの局面は、立法行為の憲法への適合性が訴訟で争われる場合に、裁判所が国会の裁量について語る局面である。この二つの局面を区別した上で、立法裁量(論)をめぐる学説を再び見てみよう。まず、行政裁量と並立的な立法裁量(論)という理解は、国会が前提する裁量が権利の解釈によって規制されているという事実を十分に捕捉できないように思われる。また、これは、司法審査に対する外側からの掣肘として立法裁量(論)を理解するものであるから、一で挙げた諸判決のなかで語られる裁量を批判的に検討するのにも適していない。裁判法理としての立法裁量(論)という理解は判例の検討に適している反面、国会が前提しているはずの裁量を捕捉しがたい。特に、立法裁量(論)を憲法原理—法律原理間の序列化と解する見解は、国会がもつ権利の解釈による裁量の規制という事実を把

握できないのではないだろうか。

以上を踏まえて、立法裁量と立法裁量論とを区別したい³²。立法裁量は、国会であれ裁判所であれ国家機関が憲法を解釈する際に必ず現れる観念である。唯一の立法機関である国会は、他の機関の自律事項以外については、憲法上の権利規定に違反しない限りで立法裁量権をもつ。ここでの裁量範囲は、立法行為が憲法上の権利を侵害せず合憲である範囲に等しい。もっとも、合憲の行為は常にその当否を問われ、正当化可能であることを求められる³³。裁量範囲内の行為について立法政策上の当否が問われることは従来から指摘されてきたが、加えて憲法上の当否も問われうると考える。

合憲の立法行為と違憲のそれとを分かつ分水嶺、言い換えれば立法裁量における裁量範囲の境界線がどこにあり、具体的にいかなる行為が裁量範囲を越えて違憲となるかについて、国会は自らの解釈を形成し、それに従って立法を行っている。だが、国会の解釈が訴訟で争われる場合には、裁判所が最終的に判断する権限をもち、裁判所の解釈が国会のそれと異なるときには前者が後者を覆す。これが憲法八一条の趣旨だと解される。しかしながら、裁判所は何らかの理由により、一定の範囲内では自らが判断するのを控えて国会の解釈を尊重することがある。このとき用いられる裁判法理が立法裁量論である。立法裁量論は、憲法判断回避の原則などと同じく司法の自制を示す法理であって、憲法上の権利に対する多かれ少なかれ不利な扱いを帰結する。立法裁量論における裁量範囲の広狭は審査基準の如何³⁴にほぼ対応しており、争われている立法行為についての合憲性判断を左右する。すなわち、広い裁量範囲は「合理性」の基準と結びついてしばしば合憲の結論をもたらすが、狭い裁量範囲は「厳格な合理性」の基準とも結びつくことによつて違憲の結論をもたらすという傾向が見いだされるのである³⁵。本稿は、立法裁量から区別された立法裁量論を検討の対象とする。

2 立法裁量論の根拠

立法裁量論は判例上いかなる根拠によって支えられているのだろうか。立法裁量論を採る諸判決から、二つの議論のタイプを析出することができる。一つは「優れた判断結果からの議論」と名づけるものであり、いま一つは「民主的過程からの議論」と呼びうるものである。優れた判断結果からの議論は、一定の争点については、国会が与える判断結果は裁判所が与える判断結果よりも優れているはずだから、裁判所は国会の判断結果を尊重すべきだと論ずる。それに対して、民主的過程からの議論は、一般に、国会が判断するのは民主的過程の一環であるが、裁判所が判断するのはこの過程からの逸脱であるから、民主制の下では裁判所は国会の判断結果を尊重すべきだと主張する。

優れた判断結果からの議論には二つの議論が含まれる。第一は「資料からの議論」と名づけることができる。それによれば、国会は裁判所と比較して、社会の実態についてのいっそう正確な多くの資料を利用することができるから、よりの確な判断結果を与えるはずである。例えば小売商業調整特別措置法違反事件判決³⁶は、経済活動への法的規制に関する判断には、「社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要である」と指摘した上で、国会に広い裁量範囲を認めている。³⁷

優れた判断結果からの議論に属する第二の議論は「政策判断力からの議論」である。それによれば、国会は裁判所と比べて、大局的見地からの総合的政策判断力や専門技術的な政策判断力を備えているから、より賢明な判断結果を与えるはずである。小売商業調整特別措置法違反事件判決は右に引用した箇所が続けて、「具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であって、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命」だと論じている。他にも、堀木訴訟判決³⁸は、「多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門

技術的な考察とそれに基づいた政策的判断」が必要だと述べ、また大島サラリーマン税金訴訟判決は、「財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断」や「極めて専門技術的な判断」が必要だと指摘した上で、いずれの判決もこうした判断の必要性を根拠として広い裁量範囲を認めている。

では、国会という国家機関が正確な多くの資料をもち、大局的総合的または専門技術的な政策判断力を備えているという言明は、具体的に何を意味するのであろうか。それは、国会に属する各議員が正確な資料や総合的または専門的な政策判断力をもっていることだと解する他はない。資料や政策判断力の想定とりわけ総合的な判断力という想定は、議員は国民全体の共通利益を目指して行動するという想定と密接に結びついている。ここで思い描かれているのは、自らもつ正確な資料に基づき総合的な判断力を駆使して、国民全体の共通利益という大局的観点から意見を表明し採決に参加する選良という国会議員像である。⁴⁰こうした議員像を判例のなかに垣間見ることができ、例えば、在宅投票制度の廃止およびその後の不復活について立法裁量論を採り国の賠償責任を否定した最高裁判決は、「国会議員は：国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されている」と説いている。⁴²

民主的過程からの議論も二つの議論を含む。⁴³第一は「選好の反映からの議論」と呼ぶことができる。それによれば、国会は自らの判断結果が国民の多様な選好を反映することを要求され、その要求に現に応えているが、裁判所は国民の選好の反映を求められない。選好の反映に不可欠な、国民から国会議員への選好伝達がなされる最も重要なチャンネルは選挙だとされる。衆議院議員定数配分不均衡訴訟判決は、「代表民主制の下における選挙制度は、：代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政の運営に反映されることを目標と」すると述べている。選挙により議員に伝達された国民の様々な選好が統合されて法律に具体化されるのは、国会での審議と採決を通じてである。在宅投票制廃止訴訟判決は、⁴⁵「国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、

議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担う」としている。

第二の議論は「政治的責任からの議論」である。それによれば、国会が与える判断結果について各議員は国民に対して政治的責任を負うが、裁判所が与える判断結果について各裁判官は政治的責任を負わない。政治的責任とは結局国民の選好に違背して行動した公務員は次回の選挙で排除されるはずだという想定に帰着する。在宅投票制廃止訴訟判決が、「国会議員は、立法に関しては…国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどま」と言うとき、選挙による排除の想定が意味されている。

優れた判断結果からの議論と民主的過程からの議論とでは、立法裁量論を根拠づける仕方に相違が見られる。優れた判断結果からの議論は特定の争点に即して個別的に立法裁量論を根拠づけようとする。社会の実態についての正確な多くの資料が判断のために必要とされる争点も、大局的総合的または専門技術的な政策判断力が必要とされる争点も同定可能であり、同定された争点についてのみ立法裁量論が妥当なのだと言張される。それに対して、民主的過程からの議論は、個々の争点を同定することなく一般的に立法裁量論を根拠づけようとする。このタイプの議論は、立法裁量論が問題となりうる広大な領域においてこの法理の妥当を主張するのである。

立法裁量論が妥当するときには続いて裁量範囲が確定されなければならないが、その確定にあたっては根拠づけの議論は一定の機能を果たしている。立法裁量論を根拠づけるいずれかの議論が存立しうるところでは、当該の議論をはるかに凌駕する強力な反対の議論が提出されない限り、立法裁量論が一応妥当するが、そのとき認められる裁量範囲の広狭は、根拠づけの議論がもつ説得力の程度に部分的に左右される。優れた判断結果からの議論から見ることにしよう。例えば、営業の自由への規制について見られた判例上の審査基準の区別は、議論の説得力の相違という観点

から説明できる。小売商業調整特別措置法違反事件判決と薬事法距離制限判決⁴⁶によれば、社会経済政策上の目的のための積極的規制においては広い裁量範囲が認められ、「合理性」の基準が適用されるのに対して、警察的目的のための消極的規制では狭い裁量範囲しか認められず、「厳格な合理性」の基準が適用される。この区別の理由は次の点に求められよう。積極的規制については、社会経済の実態や政策全体に関する正確な多くの資料と大局的総合的または専門技術的な政策判断力が必須であるために、資料からの議論や政策判断力からの議論が説得的であるのに対して、消極的規制については、資料や政策判断力があまり必要とされず、したがってこれらの根拠づけの議論はさほど説得力をもたない。この説得力の差が裁量範囲の広狭を左右するのである。これに対して、民主的過程からの議論がもつ説得力は、権利への規制の性格を問わず一般的に判定されうるから、このタイプの議論が説得的だとすれば裁量範囲は一般に広く解され、議論が説得的でないとすれば範囲は一般に狭く解されることになるであろう。

無論、根拠づけの議論がもつ説得力のみによって裁量範囲が確定されるわけではない。立法裁量論が憲法上の権利にとって多かれ少なかれ不利に作用するという事実是否定できないから、規制の対象となっている権利の相対的な要保護性は裁量範囲の確定を左右する重要な要素である。そして要保護性が特に高い権利については、根拠づけの議論が権利保護の議論によって覆されて、立法裁量論の妥当自体が否定されうる。権利の要保護性が裁量範囲を制限し、さらには立法裁量論を否定しうる最も知られた例は、二重の基準論である。小売商業調整特別措置法違反事件判決⁴⁷は初めて二重の基準論を示し、薬事法距離制限判決⁴⁸は明確にこれを宣言したが、精神的自由に関するその後の判決は二重の基準論を採用することなく、立法裁量論を採って裁量範囲を広く認めてきた。判例は規制の性格を考慮しつつ、それに劣らず重要な権利の要保護性を十分に考慮してこなかったと言える。二重の基準論は周知のように、参政権や社会権の位置づけの不明確さなどのいくつかの限界をもつが、その点に立ち入ることはできない。ここではさしあた

り、立法裁量論に基づく判例がもつ特徴の一つは精神的自由に対する保護の不十分さにあるという点を確認するにとどめたい。

以上のような根拠づけの議論の抽出に基づいて、三つの問題を設定する。第一に、資料からの議論や政策判断力からの議論と結びついている、国民全体の共通利益のために行動する選良という国会議員像ははたして正確であるか。これらの議論がもつ説得力は件の議員像の正確さに部分的に依存しているから、議員像の吟味は優れた判断結果からの議論に対する評価の手掛りを与えるであろう。第二に、選好の反映からの議論が主張するような、選挙と審議・採決とを通じた選好の反映を期待することが本当にできるか。第三に、政治的責任からの議論が主張するような、選挙による議員の排除を本当に期待できるか。この二つの問題を考察するならば、民主的過程からの議論の成否が明らかとなるであろう。これらの問題はすべて、二つの関連しあうレベルで扱われうる。一つは、わが国における政治過程の現状との照らし合わせというレベルである。ここでは、根拠づけの議論がどの程度現実的であるかが問われる。いま一つは、原理的な実現可能性のレベルである。ここでは、根拠づけの議論がそもそも存立する余地があるかが問われる。右の三つの問題を、公共選択の成果を参照しつつ検討してゆきたい。

三 公共選択とその含意

1 概観

公共選択とは、すでに触れたように、経済学的手法を通じて非市場的決定を解明する諸研究の総体である。公共選択は、社会的厚生判断や集合的決定ルールが一般的にもつ構造を数学的に分析する社会的選択理論⁵⁰⁾と、政治家・官僚・

利益集団構成員・有権者等の政治行動やその市場への影響についてモデル構築および実証を行う合理的選択理論とを含む。⁵¹両者は元来かなり異質な分野であるが、後に見るようにいくつかの論点で交錯している。

公共選択は、一九四〇年代末の社会的選択理論の研究を先駆として、一九五〇年代後半に合理的選択理論の礎石となった業績⁵³をもって確立したのであるが、一九六〇年代以降の三〇余年間に著しい深化と多様化を遂げつつ発展してきた。⁵⁴このような発展の背景には、第二次世界大戦後に顕著となった政府の規模の拡大傾向がある。それまでは市場での企業・家計の行動やその帰結をおもな研究対象としていた経済学者たちは、先進国に共通する政府の支出の増加と機能の拡大・多様化とを前にして、非市場的決定なかでも政治的決定に次第に関心を向けるようになり、その経済学的方法が多くの政治学者によって採用され展開されて、公共選択が発展してきたのである。

公共選択は次の三点によって性格づけられるだろう。第一は、非市場的決定を研究する際に個人を行為主体の基本単位とし、議会・官庁等の機関や利益集団などの集団による行為を個人による行為の単なる集積と解する方法論的個人主義である。これは、公共選択の諸研究が例外なく依拠している方法論的立場である。

第二は、個人の合理性(rationality)の想定である。「合理性」という語については様々な用法があるが、その意味は形式的なものと実質的なものとに大別することができるだろう。形式的意味での合理性はさらに選好上の合理性と行動上のそれとに類別できる。選好上の形式的合理性は、個人の選好順序が推移性を満たすことを意味する。推移性とは、選択肢aがbと少なくとも同程度に好ましく、bがcと少なくとも同程度に好ましいならば、aはcと少なくとも同程度に好ましいという条件である。この意味での合理性は、社会的選択理論と合理的選択理論とを問わず広範に想定されている。行動上の形式的合理性としては、目的を最も効率的に達成する手段の選択や、自らの選好順序に従った行動が挙げられる。これらの想定も公共選択のなかで広く共有されているが、しかし選好順序に従った行動は

一部の論点に関する研究では明示的に否定されている。

実質的意味での合理性は、特殊的な私益としての自己利益を配慮することを意味する。この意味での合理性も選好と行動の双方について語られうる。選好上の実質的合理性は、私益としての自己利益の観点から形成された選好順序をもつことであり、行動上の実質的合理性は、その自己利益を追求することである。合理的選択理論においては原則的に、選好上の実質的合理性を前提として行動上の実質的合理性が想定されている。市場で生産者が利潤の最大化を目指し、消費者が厚生を最大化するべく行動すると並行的に、政治過程では政治家は当選の可能性を、官僚は所属官庁の予算規模や裁量範囲を、選挙での投票者は次期の与党からの期待効用などを最大化することを目指して行動するとされるのである。ただし、最大化が目指される要素に関する合理的選択の考察は精緻化され、自己利益追求の枠内に収まりがたい要素も考慮されてきており、さらには実質的合理性の想定を修正する政治行動モデルも現れている。公共選択の第三の特色は、市場と類比的な政治過程の理解である。合理的選択理論の多くのモデルは、市場で消費者が貨幣を用いて需要を表明し、それに応じて企業家が私的財を供給するように、政治過程では市民が投票や利益集団活動などを通じて需要を表明し、これに依って政治家や官僚が公共財を含む公共的供給財を供給すると理解している。右に見た実質的合理性の想定は、市場と類比的な政治過程理解の一環としても位置づけることができる。

以上のように性格づけられる公共選択の研究を通じて明らかになってきた事実は、「政府の失敗」と呼ばれている。市場が公共財供給や独占・寡占、外部性などの限界をもつことはかねてから指摘され、「市場の失敗」と総称されるこれらの限界を補うために政府が必要だと説明されてきた。しかし、市場の失敗に対処するべき政府自体にも様々な困難がつきまとうのだという政府の失敗の事実を、公共選択は明らかにしてきたのである。その公共選択の成果を、社会的選択理論と合理的選択理論とに大別して見てゆくことにしよう。

2 社会的選択理論

社会的選択理論上の論点としては、循環と戦略的操作を取り上げたい。循環から見ることによろう。例えば集合的決定において選択肢 a が b よりも、b が c よりも好ましいとされつつ、c が a よりも好ましいとされる場合には、循環が生じている。各投票者の個人的順序が推移性を満たしていても、それらが集計された社会的順序は必ずしも推移性を満たさないのである。もっとも、決定ルールとして総当たり方式の単純多数決が採用されていない限り、循環が決定結果に現れて勝者が定まらないという事態は生じない。だが、それは、決定ルールやアジェンダなどに左右されて結果が偶然的に定まるからにすぎず、循環はいかなる集合的決定でも生じうる。しかも、その発生率はかなり高いことが明らかとなっている。⁽⁵⁶⁾ 例えば選択肢が三つで投票者が五人である場合における循環の発生率は約七%であり、選択肢が六つで投票者が七人である場合には実に約二七%にも上る。

循環の可能性を一般化したのが一般可能性定理⁽⁵⁶⁾である。一般可能性定理は、直観的な仕方では、選択肢が三つ以上で投票者が二人以上である場合には、直観に適合的な若干の条件を同時に満たす社会的厚生判断が不可能であり、あるいはそのような集合的決定ルールが存在しえないことを示している。この若干の条件には推移性の充足が含まれているから、推移性が満たされて循環が発生しないためには、社会的厚生判断または集合的決定ルールが他の条件に反することを承認せざるをえない。もっとも、一般可能性定理における条件のいずれかが仮に不当で廃棄されるべきであるか、あるいは過度に厳格で緩和されるべきだとすれば、この定理は人を悩ませるものでなくなるであろう。そこで、多くの社会的選択理論家が各条件の廃棄・緩和の帰結を追究してきた。しかし、その結果明らかになったのは、一般可能性定理を取り巻くいくつかの不可能定理⁽⁵⁷⁾だったのである。

全投票者の選好順序が唯一つの峰をもつ⁽⁵⁸⁾などの一定の制約に服するならば、循環は生起しない⁽⁵⁹⁾。この種の制約は、

投票に付される争点を全投票者が共通の次元で捉えることを求めるものである。例えば特定の公共政策に費やす予算の規模は一次元的争点であって、予算規模に関するあらゆる選択肢は、最小規模から最大規模までにいたる単一の尺度上に位置づけられる。しかし、公共政策の内容をめぐる対立を考えれば明らかのように、選挙や採決での争点はしばしば多次元である。⁶⁰ 多次元の争点では循環がほとんど常に生じ、⁶¹ しかもいったん生じると、それは一部の選択肢のみでなくすべての選択肢を含む包括的循環となる。⁶² もっとも、近年の研究からは、一定の条件の下では決定結果が限られた範囲に収斂することが明らかとなっており、循環の規模や深刻さについては現時点では予断を許さない。

次に、戦略的操作に関する成果を見てみよう。戦略的操作とは、集合的決定に参加し、あるいは何らかの形で関与する個人が、自らが好ましくないと考える決定結果を阻止し、さらには好ましいと考える結果を実現するために決定過程を操作することである。この行為は、行動上の形式的合理性のうち目的—手段間の合理性に基づく行為であるが、追求される目的は私益に適った利己的目的に限られないから、戦略的操作の研究は実質的合理性を想定していない。

戦略的操作は戦略的投票とアジェンダ・コントロールとに大別される。戦略的投票とは、投票者が虚偽の選好順序に従って投票することである。したがって、戦略的投票は、選好順序に従った行動という意味での合理性に反する行為である。少数派は戦略的投票を行うことによって、多数派ではなく自らが好む決定結果を獲得することができる。戦略的投票の難易は用いられる決定ルールによってかなり異なるが、しかしいかなる民主的ルールにとっても戦略的投票の可能性を完全に免れるのは不可能であることが証明されている。⁶⁴ しかも、戦略的投票が現実に行われたと推測される事例は選挙においても議会での採決においても決して少なくない。⁶⁵

集合的決定の争点が複数ある場合には票の取引が行われ、これが議会で行われるときには「ログローリング」と呼ばれる。票の取引は、社会的選択理論と合理的選択理論とが交錯する論点の一つである。投票者間で、一方の投票者

が自らにとって重要な争点では他方の投票者から虚偽の賛同を得て、自分が強く好む結果を獲得し、それと引替に他方にとって重要な争点では虚偽の賛同を与えて、他方が強く好む結果を獲得させるという旨の合意が成立するならば、票の取引が行われる。票の取引は長短両面を併せもっている。一方では、取引者の厚生を増加させ、投票者の選好強度すなわち投票者が各選択肢を好ましいと考える程度を決定結果に投影させ、⁶⁶そしてあらゆる投票で取引が行われるならばある種の最適解が達成される。⁶⁷しかし他方では、票の取引は外部性をもつ、すなわち取引外の投票者の厚生を減少させる。この減少が取引者の厚生を増加を上回る場合には、投票者集団全体の厚生が減少し、さらに全投票での取引が各投票者の厚生を減少させることさえある。⁶⁸しかも、票の取引が行われうるときには循環が生ずることが分かっている。⁶⁹だが、選好強度が投票者ごとに異なる以上、票の取引が行われる可能性を完全に除去することは極めて困難である。

アジェンダ・コントロールとは、選択肢の提案権者や議事運営の責任者などが選択肢群や決定手続を操作することである。これらのアジェンダ設定者はアジェンダ・コントロールを通じて、自らが少数派に属する場合にもその選好を決定結果に反映させることができる。アジェンダが決定結果に与える影響はすでに実験的に確認されており、⁷⁰また現実政治のなかには、アジェンダ・コントロールが行われたと推測できる事例が少なからず見いだされる。⁷¹ただし、アジェンダ・コントロールが行われる場合にも、戦略的投票の下では決定結果は一定の範囲に収束する。⁷²多次元的争点における包括的循環は二つの点で、アジェンダ・コントロールの問題をいっそう深刻にする。まず、アジェンダ設定者が包括的循環を引き起こした場合には、設定者は自らが好むいかなる決定結果を獲得することもできる。⁷³しかも、包括的循環が存在するときには決定結果の予測が困難であるから、設定者がアジェンダ・コントロールを行う誘因が大きくなる。⁷⁴議会のアジェンダ設定権が委員会に委ねられているアメリカでは、アジェンダ・コントロールに関する

社会的選択理論の研究は、委員会がもつ強大な権力についての合理的選択理論の研究を促している。委員会の権力を説明するいくつかのモデルが構築されており、その説明を裏づけるデータも提示されている。

〔注〕

- (1) 立法裁量論の包括的考察として、戸松秀典『立法裁量論——憲法訴訟研究Ⅱ』（有斐閣、一九九三）。判例・学説の整理および検討として、野中俊彦「立法裁量論」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第2巻』九三頁（有斐閣、一九八七）、棟居快行「立法裁量」ジュリスト一〇三七号二〇二頁（一九九四）。
- (2) 立法裁量（論）についての本稿の理解は二一で敷衍する。
- (3) より短い期間についてのほぼ同旨の指摘として、芦部信喜「憲法判例理論の変遷と問題点」公法研究四八号一六頁（一九八六）三五―三八頁。なお、一九六〇年代前半までの判決で言われる「立法政策」は総じて、合憲という結論を示すにすぎなかったとされる。野中・前掲注（1）九五―一〇〇頁。
- (4) 最大判昭和四〇年七月一四日民集一九卷五号一一九八頁。
- (5) 最大判昭和四七年一月二二日刑集二六卷九号五八六頁。
- (6) 最大判昭和四九年一月六日刑集二八卷九号三九三頁。
- (7) 最一小判昭和五六年六月一五日刑集三五卷四号二〇五頁。
- (8) 最大判昭和五七年七月七日民集三六卷七号一二三五頁。
- (9) 最大判昭和五八年四月二七日民集三七卷三号三四五頁。
- (10) 最大判昭和六〇年三月二七日民集三九卷二号二四七頁。
- (11) より最近の判決としては、例えば、最一小判平成元年三月二日訟務月報三五卷九号一七五四頁、最一小判平成四年二月一五日民集四六卷九号二八二九頁。
- (12) 最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁。
- (13) 最大判昭和五一年四月一四日民集三〇卷三号二二三頁。

(14) 最大判昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁。

(15) 裁量範囲に広狭がありうると述べる判決として、前出注(12)。

(16) 最近の入門書として、I. McLEAN, PUBLIC CHOICE: AN INTRODUCTION (1987); D. JOHNSON, PUBLIC CHOICE: AN INTRODUCTION TO THE NEW POLITICAL ECONOMY (1991). 最も包括的な教科書として、D. MUELLER, PUBLIC CHOICE II (1989). 邦語文献では、入門的なものとして、三宅一郎編『合理的選択の政治学』(ミネルヴァ書房、一九八一)、加藤寛編『入門公

共選択——政治の経済学』(三嶺書房、一九八三)、柴田弘文・柴田愛子『公共経済学』(東洋経済新報社、一九八八)二五三—二九三頁。教科書として、小林良彰『公共選択』(東京大学出版会、一九八八)。その他には、西川宏『公的意思決定の構造と効率——公共経済分析の基礎』(啓文社、一九八七)、黒川和美『公共部門と公共選択』(三嶺書房、第二版、一九九三)。

(17) D. MUELLER, *supra* note 16, at 1.

(18) この含意については別の機会に論じた。宇佐美誠『公共的決定としての法——法実践の解釈の試み』(本鐸社、一九九三)一一三—一四九、一九三—二二一、二二六—二二七頁。

(19) 例えば、公共選択は法学教育のなかに取り入れられつつある。ケースブックとして、D. BARNES & L. STOUT, THE ECONOMICS OF CONSTITUTIONAL LAW AND PUBLIC CHOICE (1992).

(20) 入門的文献として、D. FARBER & P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION (1991).

(21) See *e.g.* at 88-115; Posner, *Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution*, 49 U. CHI. L. REV. 263, 272-282 (1982); Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223 (1986); Eskridge, *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988).

(22) See *e.g.* D. FARBER & P. FRICKEY, *supra* note 20, at 63-87; Posner, *supra* note 21, at 282-290; Aranson, *Procedural and Substantive Constitutional Protection of Economic Liberties*, in PUBLIC CHOICE AND CONSTITUTIONAL ECONOMICS (J. GAWRNEY & R. WAGNER eds. 1988); Macey, *Transaction Costs and the Normative Elements of the Public Choice Model: An Application to Constitutional Theory*, 74 VA. L. REV. 471 (1988);

説

論

- Riker & Weingast, *Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislatures*, 74 Va. L. Rev. 373 (1988).
- (23) See Rose-Ackerman, *Progressive Law and Economics—And the New Administrative Law*, 98 YALE L. J. 341 (1988).
- (24) See Miller, *Public Choice at the Dawn of the Special Interest State: The Story of Butter and Margarine*, 77 CALIF. L. REV. 83 (1989).
- (25) 例外的に、公共選択の一郭をなす社会的選択理論の活用有望性を指摘するものとして、水谷重秋「『法と経済学』の可塑性と限界」南山経済研究八巻一号二七頁（一九九三）三四、四一頁。
- (26) 覚道豊治「立法裁量と行政裁量」公法研究四一号一七一頁（一九七九）一七六一—一七八頁。
- (27) 長尾一紘「立法府の自由裁量とその限界——選挙制度改革の限界の問題を中心として」Law School 二五号二八頁（一九八〇）三〇頁。
- (28) 藤井俊夫『事件性と司法権の限界』（成文堂、一九九二）一七〇—一七二、一八七—一九二頁、同「権力分立制と司法権の限界」Law School 四二号二八頁（一九八二）二九、三三—三四頁。
- (29) 戸松・前掲注（一）三一—〇頁、同「立法裁量」公法研究五五号一〇九頁（一九九三）一一〇—一一二頁、芦部・前掲注（三）二八、三五—三八頁。
- (30) 戸松・前掲注（一）九—一〇、五五頁。
- (31) なお、二種類の理解のいずれにも分類しがたい見解として、大貫裕之「『立法裁量』の一考察」新正幸∥鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理』四九二頁（木鐸社、一九九二）。
- (32) この区別を示唆するものとして、野中・前掲注（一）九三—九四頁。
- (33) 正当化可能性の要請は、国会の行為を含むあらゆる国家機関の行為が権力的性格をもつという事実に基づいている。宇佐美・前掲注（一八）六一—六四、六六—六七、七七—八二頁。
- (34) 判例上の審査基準の整理・分析として、横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第2巻』一六一頁（有斐閣、一九八七）。

(35) 立法裁量論をその広い適用・狭い適用・不適用に類型化する見解として、戸松・前掲注(1)三〇一四〇頁等、同・前掲注(29)一一六一一二〇頁。

もつとも、判例における〈裁量範囲—審査基準—合憲性判断〉の対応は近似的なものにすぎない。〈裁量範囲—審査基準〉から見てみよう。広い裁量範囲を認めた判決のうち、前出注(4)・前出注(5)・前出注(8)・前出注(10)などは明白性の原則を採っているため、「合理性」の基準に依ったと言える。前出注(6)・前出注(7)での「合理的関連性」の基準については理解が分かれるが、「合理性」の基準と実質的に異ならないと解される。前出注(6)での「合理的関連性」の基準に対する相異なる理解として、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、一九八二)二四五—二四九頁、同・前掲注(3)三二—三四頁と、香城敏磨『最高裁判所判例解説』法曹時報二七卷一一号八六頁(一九七五)一〇九頁。これらの判決に対して、裁量範囲を狭く解した前出注(12)は「厳格な合理性」の基準を採用している。だが、前出注(13)が「厳格な合理性」の基準を採ったと言えるかは疑問である。むしろ「合理性」の基準を採ったという理解を示唆するものとして、横田・前掲注(34)一八四—一八五頁。野中・前掲注(1)一一六一—一七頁(16)も参照。次に〈審査基準—合憲性判断〉を見ると、「厳格な合理性」の基準が違憲という結論を導きやすいことに疑いの余地はないが、「合理性」の基準が採用されたと解しうる判決の間にも、違憲の結論に達したものがあつた点に注意したい。そのような例として、前出注(13)の他に、尊属殺重罰規定判決(最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号二六五頁)がある。尊属殺重罰規定判決が「合理性」の基準を採ったと解するものとして、棟居快行「尊属殺重罰違憲事件」法学セミナー増刊・憲法訴訟八六頁(一九八三)八六—八七頁、野中・前掲注(1)一一七頁(16)、横田・前掲注(34)一八四頁。なお、厳格な審査基準は極めて狭い裁量範囲または立法裁量論の否定と対応するように思われようが、最高裁判例においては、この基準を採用した判決も、また裁量範囲を極めて狭く解し、あるいはこれを否定した判決も存在しないから、対応関係は見いだされない。

(36) 前出注(5)。

(37) また、前出注(10)は租税法の立法について、「国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の…判断にゆだねるほかはな」と述べている。

(38) 前出注(8)。

(39) 前出注(10)。

- (40) 最高裁判所の国会議員像と合憲の結論との緊密な結びつきを指摘するものとして、小林武「最高裁判所判決と議会の関係」ジュリスト一〇三七号九〇頁（一九九四）九三—九四頁。
- (41) 最一小判昭和六〇年一月二日民集三九卷七号一五二—二頁。
- (42) 同様の国会議員像は、前出注（6）における、「国民全体の共同利益を擁護する見地からの立法政策の問題」という表現のなかにも窺われる。
- (43) 二つの議論は各々、大衆民主制の確立以来対立してきた二つの民主制観とりわけ代表観の流れを汲むものである。これらの民主制観については、さしあたり、宇佐美誠「パンドラの箱——社会的選択理論の政治哲学的含意」レヴァイアサン臨時増刊号一四二頁（一九九二）一四三—一四四頁。ただし、民主的過程からの議論に含まれる二つの議論は対立しあうことなく両立可能である。
- (44) 前出注（13）。
- (45) 前出注（41）。
- (46) 前出注（5）と前出注（12）。
- (47) 前出注（5）。
- (48) 前出注（12）。
- (49) 代表的判決として、前出注（7）。
- (50) 社会的選択理論については、前掲注（16）の諸文献の他に、入門的なものとして、W. RIKER, LIBERALISM AGAINST POPULISM: A CONFRONTATION BETWEEN THE THEORY OF DEMOCRACY AND THE THEORY OF SOCIAL CHOICE (1982) [森脇俊雅訳『民主的決定の政治学』（一九九二）]。今日なお標準的とされる教科書として、A. SEN, COLLECTIVE CHOICE AND SOCIAL WELFARE (1970)。邦語文献では、入門書として、佐伯胖『きめ方』の論理——社会的決定理論への招待』（東京大学出版会、一九八〇）。より専門的な解説として、鈴木興太郎『経済計画理論』（筑摩書房、一九八二）六七—一八九、二三五—二八九頁。
- (51) 公共選択はしばしば実証的公共選択と規範的公共選択とに二分される。前者は合理的選択理論にほぼ相当し、後者は社会的選択理論と現代社会契約論とを包括する。See e.g. D. MUELLER, *supra* note 16. 小林・前掲注（16）一—三、六一

七頁も参照。しかし、この二分法の背後にある記述と評価の峻別や純粹記述・純粹評価が可能だという想定は維持しがたいものだと考える。宇佐美・前掲注(18)二〇―二一、三二頁参照。そこで、本稿は実証的公共選択と規範的公共選択との二分法を採らない。

- (52) これらの研究は次の二点に収められている。D. BLACK, *THE THEORY OF COMMITTEES AND ELECTIONS* (1958); K. ARROW, *SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES* (2nd ed. 1963) [長名寛明訳『社会的選択と個人的評価』(一九七七)]。
- (53) A. DOWNS, *AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY* (1957) [古田精司監訳『民主主義の経済理論』(一九八〇年)]。
- (54) 公共選択に属する論文が政治学の主要学術誌上占める割合の増加は、発展の一つの指標だと言えよう。論文の割合の増加については、Frey, *State and Prospect of Public Choice: A European View*, 46 *PUB. CHOICE* 141, 142-143 (1985) [伊東直樹訳「公共選択の現状と展望」公共選択の研究七号四三頁(一九八六)]。
- (55) 循環の発生率についての代表的研究として、Garman & Kamien, *The Paradox of Voting: Probability Calculations*, 13 *BEHAVIORAL SCI.* 306 (1968); Niemi & Weisberg, *A Mathematical Solution for the Probability of the Paradox of Voting*, 13 *BEHAVIORAL SCI.* 317 (1968)。
- (56) See K. ARROW, *supra* note 52, at 51-59, 96-100.
- (57) 一般可能性定理を含む不可能性定理の概観として、Sen, *Social Choice Theory: A Re-examination*, 45 *ECONOMETRICA* 53, 58-63, 71-75 (1977); 鈴木・前掲注(50)九一―一二頁。
- (58) See D. BLACK, *supra* note 52, at 14-25; K. ARROW, *supra* note 52, at 77-80.
- (59) 循環を防止する諸条件の包括的な整理・検討として、Sen & Pattanaik, *Necessary and Sufficient Conditions for Rational Choice Under Majority Decision*, 1 *J. ECON. THEORY* 178 (1969)。
- (60) 従来は、〈革新―中道―保守〉というイデオロギー尺度が単一の標準的尺度として用いられてきた。だが、社会主義の崩壊という国際的経験は、この尺度の一方の極に根源的な自己変革を求めるものである。また国内的にも、このような尺度によっては見解の対立を把握しがたい女性・先住民族・在日外国人等の権利や環境保護などが政治的争点となってきたおり、あるいは将来なるであろうと予想される。今日ではもはや、イデオロギーの単一尺度としての有効性は疑わしいと言わねばならない。

説

論

- (19) E.g. Plott, *A Notion of Equilibrium and Its Possibility Under Majority Rule*, 57 *Am. Econ. Rev.* 787, 790-795 (1967); McKelvey, *General Conditions for Global Intransitivities in Formal Voting Models*, 47 *ECONOMETRICA* 1085, 1100-1106 (1979); Schofield, *Generic Instability of Majority Rule*, 50 *REV. ECON. STUD.* 695, 698-704 (1983).
- (20) McKelvey, *Intransitivities in Multidimensional Voting Models and Some Implications for Agenda Control*, 12 *J. Econ. Theory* 472, 475-478 (1976); Schofield, *Instability of Simple Dynamic Games*, 45 *REV. Econ. Stud.* 575, 579-587 (1978).
- (21) See e.g. Miller, *A New Solution Set for Tournaments and Majority Voting: Further Graph-Theoretical Approaches to the Theory of Voting*, 24 *Am. J. Pol. Sci.* 68, 89-93 (1980); Ferejohn, McKelvey, & Packel, *Limiting Distributions for Continuous State Markov Voting Models*, 1 *SOCIAL CHOICE & WELFARE* 45, 47-57 (1984); McKelvey, *Covering, Dominance, and Institution-Free Properties of Social Choice*, 30 *Am. J. Pol. Sci.* 283, 293-295 (1986); Feld, Grofman, Hartly, Kilgour, & Miller, *The Uncovered Set in Spatial Voting Games*, 23 *THEORY & DECISION* 129, 140-150 (1987).
- (22) See Gibbard, *Manipulation of Voting Schemes: A General Result*, 41 *ECONOMETRICA* 587, 595-601 (1973); Satterthwaite, *Strategy-Proofness and Arrow's Conditions: Existence and Correspondence Theorems for Voting Procedures and Social Welfare Functions*, 10 *J. Econ. Theory* 187, 193-202, 210-212 (1975).
- (23) 選挙における戦略的投票の事例としては、一九六八年と一九七〇年のカナダ連邦議会議員選挙については Black, *The Multicandidate Calculus of Voting: Application to Canadian Federal Elections*, 22 *Am. J. Pol. Sci.* 609, 614-623 (1978)。一九七〇年イギリス総選挙については Cain, *Strategic Voting in Britain*, 22 *Am. J. Pol. Sci.* 639, 644-654 (1978)。一九八三年イギリス総選挙については I. McLEAN, *supra* note 16, at 156-159。一九八八年アメリカ大統領予備選については Abramson, Aldrich, Paolino, & Rohde, "Sophisticated" *Voting in the 1988 Presidential Primaries*, 86 *Am. Pol. Sci. Rev.* 55 (1992)。議会での採決における事例としては、例えば一九五六年アメリカ下院での学校補助法案の採決については W. RIKER, *supra* note 50, at 152-156。

- (39) J. BUCHANAN & G. TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 132-134, 145 (1962) (宇田川璋仁監訳『公共選択の理論』(一九七九))。
- (70) Coleman, *The Possibility of Social Welfare Function*, 56 AM. ECON. REV. 1105, 1111-1120 (1966).
- (80) Riker & Brams, *The Paradox of Vote Trading*, 67 AM. POL. SCI. REV. 1235, 1236, 1240-1242 (1973).
- (69) See Bernholz, *Logrolling, Arrow Paradox and Cyclical Majorities*, 15 PUB. CHOICE 87, 89-92 (1973). 柴田弘文「ロッキングの安定性について」公共選択の研究一四号八〇頁(一九八九)八一—八七頁を参照。
- (70) See Levine & Plott, *Agenda Influence and Its Implications*, 63 VA. L. REV. 561, 571-587, 600-604 (1977).
- (71) 例えば、古代ローマの政治家小プリニウスの全作について R. FARQUHARSON, THEORY OF VOTING 6-8, 10-12, 15 (1969)。一九世紀アメリカでの奴隷制廃止の政治問題化について W. RIKER, *supra* note 50, at 213-232。一九三二年アメリカ下院での歳入法案の採決について Blydenburgh, *The Closed Rule and the Paradox of Voting*, 33 J. POL. 57, 62-67 (1971)。D・D・マートン・W・ノーガンの大統領在任期中の採決について Mouw & Mackuen, *The Strategic Agenda in Legislative Politics*, 86 AM. POL. SCI. REV. 87, 88-100 (1992)。
- (72) Miller, *supra* note 63, at 82-84; Shepsle & Weingast, *Uncovered Sets and Sophisticated Voting Outcomes with Implications for Agenda Institutions*, 28 AM. J. POL. SCI. 49, 59-60, 68 (1984)。
- (73) McKelvey, *supra* note 62, at 480-481。
- (74) Mueller, *supra* note 16, at 89。
- (75) See e.g. Denzau & Mackay, *Gatekeeping and Monopoly Power of Committees: An Analysis of Sincere and Sophisticated Behavior*, 27 AM. J. POL. SCI. 740, 741-759 (1983); Shepsle & Weingast, *The Institutional Foundations of Committee Power*, 81 AM. POL. SCI. REV. 85, 90-97 (1987)。
- (75) See *id.* at 98-100。