

司法審査と公共選択

——立法裁量論の予備的検討(二)・完

宇佐美 誠

- 一 はじめに
- 二 立法裁量論とその根拠
- 三 公共選択
 - 1 概 観
 - 2 社会的選択理論(以上、二八卷三・四号)
 - 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
 - 1 方法、個人像、イデオロギー
 - 2 司法過程の公共選択
- 五 おわりに(以上、本号)

三 公共選択（承前）

3 合理的選択理論

合理的選択理論上の論点としては、合理的棄権および合理的無知とレント・シーキングとを取り上げたい。合理的棄権に関する成果から見ることにしよう。代表的な投票モデル⁷⁷によれば、有権者は選挙で投票するか棄権するかを次のように決定する。まず、自らの利益に適った投票を行う場合に得られる期待効用から、利益に反した投票からの期待効用を差し引いた政党間期待効用差と、自分の投票がその効用差をもたらす主観確率とを掛け合わせて、投票からの収益を算出する。この収益と投票自体から得られる種々の満足感⁷⁸との和が、投票に伴う時間的・金銭的な費用を上回る場合には投票し、下回る場合には棄権するのである。このモデルは過去の選挙のデータに適合的であることが示されている⁷⁹。

投票か棄権かの選択にあたって決定的に重要なのは、大衆民主制の下では夥しい数の有権者が投票するために、各人の投票は大海のなかの一滴にすぎないという事実⁸⁰である。この事実のゆえに、各有権者が投票する誘因は微小となる。確かに投票の費用は通常あまり大きくないが、しかし一票が選挙結果を左右する主観確率は極めて小さいから、僅かな費用も棄権の理由となりうる。雨天の投票日の低い投票率や衆参同日選挙での高い投票率は、多くの有権者の行動が一票あたりの費用の僅かな増減によって左右されることの証左である。費用便益計算から見れば通常は棄権するのが利益に適っており、選挙で多くの人が投票するのはおもに投票自体からの満足感のためだと考えられる⁸¹。こうした費用便益計算に基づく棄権はときに「合理的棄権」と呼ばれる。

他の有力な投票モデル⁸²は、リスクまたは不確実性の下での行動として投票を捉える。各有権者は選挙結果について複数のありうべき状況を予想するが、自らの投票または棄権によりいずれの状況が現実化するかについては知らない。

そこで、各状況の生起率が知られているリスクの下では、有権者は期待利得を最大化する観点から、投票するか否かを決定し、投票の費用が政党間期待効用差の $\frac{1}{2}$ を上回る場合には棄権する。だが、有権者は通常、各状況の生起率が知られていない不確実性の下にあるだろう。ここでは、各行為がもたらす最大利得と最小利得の差を最小化する戦略に基づいて、投票か否かを決定し、費用が期待効用差の $\frac{1}{4}$ を上回る場合には棄権する。このようなモデルは、先の代表的モデルよりも記述力において勝るとされる反面、少なからぬ批判を受けてもいる。ともあれ、このモデルにおいても、一定の場合には投票するよりも棄権する方が利益に適っているから、合理的棄権がなされる。

自らの利益に適った投票を行うためには様々な政治的情報が不可欠であるが、その情報の収集・処理にも投票と同じく費用が伴う。標準的な情報収集モデル⁸⁶では、有権者は収集規模を次のように決めるとされる。一方で、政党間期待効用差と一単位あたりの情報ゆえに投票を変更する主観確率とを掛け合わせて、情報から得られる限界収益を算出し、他方で、情報収集の限界費用を算出して、限界収益と限界費用が等しくなる規模で収集を行うのである。だが、情報収集への誘因はあまり大きくない⁸⁷。情報を得る以前に特定の政党を強く支持している人は、自らの判断を覆す情報を、大きな費用を支払ってまで収集しようとはせず、いずれの政党も強く支持しない人は、新たな情報が期待効用を大きく増加させると予想できない限り、収集に大きな費用を支払わない。それに加えて、各人の投票は大海の一滴にすぎないから、自らの利益に適った投票を行うために情報を収集する誘因は極度に小さくなる⁸⁸。しかも、情報の処理にも費用が伴うから、有権者は利用可能な情報の一部のみを処理して利用する。このように費用便益計算に基づいて情報を収集・処理しないことは「合理的無知」と呼ばれている。有権者が投票からの満足感などのために投票を行うとしても、自分の利益に真に適った投票をするために必要となる十分な知識をもっている保証はまったくないのである。

合理的無知からはいくつかの事象が予想される。有権者と政治家の双方にとって、各政党の政策を示唆する包括的標識としてのイデオロギーが有用になる一方、⁸⁸政党は、有権者との政策上の選好の相違によって広範な支持が得られなくなるのを恐れて、個々の政策案を不明確にし、むしろ情緒的宣伝を行う傾向をもつ。⁸⁹また、政治的影響力の上で様々な不平等が生ずる。なかでも重要なのは、生産者などの職業集団は消費者集団よりも情報収集への誘因が強く、したがって大きな政治的影響力をもつという点である。⁹¹市民は、自らの収入を左右する特定範囲の政策には大きな関心を寄せられ、情報を容易に収集・処理できるが、自らの支出に関わりうる広範囲の政策には関心をもてず、情報を首尾よく収集・処理できない。また、国会議員に利益要求を行う際にも、職業上の利害の一致に基づいて利益集団⁹²を組織し、政治献金・選挙活動・情報提供などの集団活動を行うならば、選挙での一票よりもはるかに効果的に要求を行うことができる。かくして、現代の民主制は多かれ少なかれ利益集団民主制の相貌を示すことになる。様々な利益集団が競いあって国会議員に要求を行い、議員は次の選挙における当選の可能性を最大化するために特定集団からの要求に応じて行動しがちになる。

生産者などの職業集団が消費者集団よりも大きな政治的影響力をもつことができるいま一つの原因は、その集団規模にある。利益集団の合理的選択理論の端緒を開いた集合行為モデル⁹³によれば、集団規模が大きくなるに従って利益集団活動は活発でなくなる。その要因としては、活動に対する寄与を他者が認識するのが難しくなるために、自分は寄与を怠って共通利益の享受だけを行うフリー・ライダーへの誘因が大きくなることや、集団の組織化費用が大きくなることなどが挙げられる。⁹⁴利益集団民主制では、小規模集団は大規模集団よりも有利な地位を占めているのである。⁹⁵レント・シーキング⁹⁶が問題となるのは、このような利益集団民主制の文脈においてである。経済学で言うレントとは、資源所有者が資源の機会費用以上に受け取る収益であり、市場で追求される限りでは社会的に望ましい。例えば、

ある企業家がレントを求めて新商品を開発するならば、この開発は技術革新の進展延いては社会的富の増大に寄与する。他の企業家は競って模倣・改良を行うから、新商品は既存商品と同じく市場競争の渦に巻き込まれて、レントは早晚消失する。それに対して、少数の企業家たちが利益集団を組織して国会に働きかけ、他の企業家の参入を塞ぎ止める規制を設けさせるならば、独占的レントを継続的に享受することができる。このように市場競争の外部における人為的移転を獲得し維持するための資源の消費が、レント・シーキングである。

独占的レントを獲得するために費やされた資源はいかなる富も生み出さないから、より生産的に用いられたはずの資源が浪費され、その分だけ社会的富は減少する。しかも、レント・シーキングに関わる資源の消費はこれにとどまらず、独占的レントを与える公務員による資源の消費や、それによって誘発される第三者の消費をも含む。この意味でレント・シーキングは窃盗と類比的である。⁹⁷ 社会的富は、窃盗による財物の移転自体によっては変化しないが、窃盗と自衛に費やされた資源や警察機構に投資された資源の分だけ減少している。

独占的レントをめぐる政治過程で競争が行われる場合には、社会的富はいっそう大きく減少する。リスク中立的な一〇人の企業家が、一〇〇億円の価値がある独占権を得ようと競いあっていると仮定しよう。⁹⁸ 各企業家はレントを獲得できる確率を計算して、レント・シーキングに一〇億円まで費やすであろう。その結果、一〇〇億円のレントのために合計一〇〇億円が浪費されることになる。

独占的レントは経済規制や関税・輸入割当⁹⁹を通じて獲得されるから、これらは利益集団の主要な標的となってきた。また、所得の直接移転もレントをもたらす¹⁰⁰。だが、それにとどまらず、政府の活動は多かれ少なかれ所得再分配すなわち所得の移転という側面をもっていることに鑑みるならば、あらゆる公共政策の領域でレント・シーキングの競争が行われうる事が分かる。したがって、政府の支出が増加し、その機能が多様化するに従って、レント・シーキン

グが行われる機会は増大してゆく。

諸外国については、現代におけるレント・シーキングの支出の規模がたびたび推計されるとともに、¹⁰³歴史上あるいは現代の公共政策上の決定をレント・シーキングの産物として説明する研究が、¹⁰⁴経済規制、¹⁰⁵関税その他に即して行われてきた。翻ってわが国については、従来この分野での研究が乏しかったところ、明治以降の経済成長の原因をレント・シーキングの抑制の成功に帰するモデル¹⁰⁷が近年提唱されている。それによれば、明治維新と戦後改革という二つのビッグ・ゲームにより、政府の市場介入を抑える自由主義的経済体制が確立された。その結果レント・シーキングが抑制され、市場競争と技術革新とが促進されて、目ざましい経済成長に結実したというのである。

このモデルは、人口に膾炙している日本株式会社論に挑戦する一つの試みとして注目には値するが、しかし戦後とりわけ低成長期以降の説明としてはかなり異論の余地がある。この説明に対しては少なくとも三つの反例を挙げることができる。第一に、戦後改革の一郭をなす農地改革によって端緒を開かれた農業保護政策と引替に、戦後の長きにわたって維持されてきた与党への継続的支持は、¹⁰⁸農業従事者によるレント・シーキングに他ならない。¹⁰⁹市区部の投票率と比較して町村部のそれが高いことや、農業団体が数ある職業団体のなかでも特に有力な団体の一つであることなどはいずれも、農業従事者の政治的積極性を例証するものである。第二に、実に一一、〇〇〇件を越える許認可等¹¹⁰に象徴される膨大な公的規制、特にいわゆる経済的規制は、権益の獲得やその保持・拡大を目指す事業者によるレント・シーキングの産物という側面をもっている。¹¹¹確かに、支出で測定される日本政府の規模は先進諸国の間でかなり小さいが、¹¹²広範かつ多様な公的規制は支出の尺度によっては捕捉されえない。第三に、日米構造協議などで論議されてきた日本市場の閉鎖性にも、レント・シーキングの産物という側面がある。

さらに、戦後政治史を振り返ってみると、戦後の社会体制・対外政策の基本的選択をめぐるイデオロギー対立型政

治は、高度成長期を通じて、イデオロギーが後景に退いた利益分配型政治にとって代わられていった。この利益分配型政治の一つの主要な側面が競争的レント・シーキングだったと言える。しかも、社会的富の大幅な増加が望めない低成長期以降、レント・シーキングはますます活発化している。以上のように見てくるならば、日本のみが例外的にレント・シーキングによる非効率性を免れていると主張するモデルは、支持しがたいものである。

4 立法裁量論の根拠への含意

これまで見てきた公共選択の成果は、立法裁量論を判例上根拠づけている議論に対していかなる含意をもつのだろうか。まず、優れた判断結果からの議論について見ることにしよう。この議論は、国民全体の共通利益という大局的見地に立って行動する選良という議員像と結びついており、議論の尤もらしさは議員像のそれに部分的に依存している。だが、このような議員像は合理的選択理論の成果を前には維持しがたいものである。政治家は当選の可能性の最大化だけを指すという強い想定を採らない人も、政治家にとって当選が主要な目的の一つだという弱い想定には異論がないであろう。この当選という目的を達成するためには、有権者全般に訴えるよりも、むしろ特定の利益集団との結びつきを強める方が賢明である。合理的棄権や合理的無知の傾向をもつ一般有権者よりも、巨額の献金や強大な集票力を提供しうる利益集団の方が、当選の可能性を確実に大きくするからである。他方、市民にとっても、競って支持を求めてくる数多くの政治家のいずれが自分の利益を総体的に最も増加させるのかを独力で判断するよりも、自らの職業上の権益を維持・拡大してくれる特定の政治家を組織的に支持し続ける方が容易である。かくして、政治家は、国民全体の共通利益よりも特定の利益集団がもつ特殊利益を優先的に考慮して行動する傾向をもつことになる。これが決して杞憂でないことは、先述の農業保護政策や膨大な経済的規制などに示されている。件の議

員像は、控えめに言っても、現実の議員から乖離しがちな議員像であり、優れた判断結果からの議論はこの議員像に依拠することができない。

いっそう深刻な打撃を受けるのは、民主的過程からの議論である。選好の反映からの議論は、選挙を通じた選好伝達と国会での採決による選好の統合とを経て、国民の多様な選好が法律に反映されると主張する。しかしながら、この主張に対しては公共選択の先述の成果すべてから疑義が出される。第一に、合理的棄権に関する成果は、選挙での投票に示される選好の代表性について疑問を投げかけ、合理的無知の成果は、選好形成に費やされる情報量について疑いを差し挟む。今日のわが国における投票率の下で、投票に示される選好は「民主的」過程の起点となるにふさわしいほど十分に有権者全体の選好を代表していると言えるだろうか。少なくともいくつかの国では、自発的投票がもたらす選好の代表性には疑問が付されてきた。それに対する制度的処方箋が義務投票制であり、これによって選好の代表性が担保される¹¹²。しかし、義務投票制は、投票者の選好が十分な情報に基づいていることまでは保証しない。投票の強制は可能であるが、十分な情報に基づく賢明な投票の強制は不可能である。この事実、投票が示す選好はそもそも当然に法律に反映されるべきかという問いを提起する。

第二に、選好の反映は、レント・シーキングなどの利益集団モデルによって深刻に脅かされる。選挙について見るならば、町村部の投票率が市区部に比べて高いことにも表れているように、農業従事者は相対的に投票に対して積極的である。この積極性は、議員定数配分不均衡による投票価値の不平等と相まって、農業従事者に有利なバイアスを選挙結果に与えている。また、様々な業界団体・労働組合による組織的な集票活動は選挙結果に多方向からバイアスをかけている。しかも、たとえ選挙を通じて一般有権者の選好が好運にも政治家に伝達されたとしても、利益集団は集票以外の活動を通じて一般有権者の選好の反映を阻止し、自らに有利な立法を生じさせることができる。現実の民

主制が利益集団民主制の相貌を示している限りで、選好の反映の想定は説得力を失うことになる。ここで注意したいのは、レント・シーキングの意味が再解釈されている点である。レント・シーキングは本来は資源の浪費という経済的問題であるが、選好の反映からの議論にとっては、資源の浪費自体ではなく浪費活動がもたらす選好の反映の阻害が脅威となるのである。

第三に、選挙・採決を問わず集合的決定がもっている制約のゆえに、選好が常に結果に反映されることは原理的に不可能である。まず、循環が発生しているときには、選挙・採決の結果が投票者の選好を正確に反映しているとすれば、勝者が定まらないはずである。逆に、特定の選択肢が勝者となるのは、選好が正確に反映されていないことを意味する。また、戦略的操作は選好の伝達・統合を阻害する。選挙の投票者の一部が戦略的投票を行うならば、投票者全体がもっていた選好分布は歪められて選挙結果に現れるかもしれない。たとえ投票者の選好が議員に伝達されたとしても、それは国会内での戦略的投票やログローリング、アジェンダ・コントロールによって容易に歪められる。結局、選好の反映からの議論は、政治過程の現状と照らし合わせても、また原理的な実現可能性の観点から見ても、公共選択の成果によって致命的に掘り崩されると言わざるをえない。

政治的責任からの議論に移ろう。この議論は、国民の選好に違背した議員は次の選挙で排除されるはずだと想定している。しかしながら、この想定もまた公共選択の成果と矛盾する。第一に、各有権者は合理的無知への傾向のゆえに、議員のなかの誰が自分の選好のいずれにいつどの程度違背したのかをしばしば知らないままである。また、有権者が違背の事実を認識しても、合理的棄権を行うならば、この認識は投票行動に結びつかない。第二に、人々の選好に対する違背は特定の利益集団の選好に忠実な行動だったのかもしれない。国會議員はこの違背行動を通じて利益集団の支持を強化させることにより、かえって自らの地位を安定的にしえたのかもしれないのである。レント・シーキ

ングがここでは特定議員の排除に対する障害として再解釈されていることに注意したい。第三に、選挙で戦略的投票が行われるときには、特定議員の排除はいっそう不確実になる。要するに、政治的責任からの議論もまた、現状との照らし合わせのレベルでも原理的な実現可能性のレベルでも、公共選択の成果によって根底的に掘り崩される。

以上から次のように暫定的に結論づけられる。まず、民主的過程からの議論が存立しうる余地はないから、立法裁量論を一般的に根拠づけるのは不可能である。次に、優れた判断結果からの議論は、共通利益に奉仕する選良という議員像にそれが依存する限りで維持できないものである。そこで、立法裁量論が根拠づけられる争点は、社会の実態についての正確な多くの資料や大局的総合的または専門技術的な政策判断力が求められる程度が極めて高いために、右の議員像に依拠しなくとも、裁判所による判断が明らかに望ましくない争点に限られる。そして、立法裁量論における裁量範囲は判例の立場よりも狭く解される。結局、立法裁量論は個別的かつ限定的に根拠づけられうるにすぎず、しかも裁量範囲はかなり縮小されることになる。

四 批判と応答

公共選択の成果を踏まえるならば、立法裁量論は個別的かつ限定的にのみ妥当するという暫定的結論に対しては、様々な批判が予想される。批判は二つに大別することができるだろう。一つは、法と公共選択に対して根底的な異議や疑念を表明するものであり、いま一つは、このアプローチの妥当性を認めた上で、立法裁量論に関する本稿の議論に異論を述べるものである。1で前者に応答し、2で後者を扱う。

1 方法、個人像、イデオロギー

英米では近年、公共選択に対して厳しい批判¹³が出されており、また法と公共選択のアプローチに対しても法律家や法学者からの激しい反発¹⁴や批判¹⁵が見受けられる。これらを参考にしつつ、ありうべき異議と疑念を構成し応答してゆきたい。法と公共選択に対する根底的異議は二つの点に向けられるだろう。第一に、公共選択が用いる数学的方法や実証的方法が挙げられる¹⁶。これらに対する異議は、法解釈を含む解釈¹⁷と数学や実証とは対立しあう知の伝統に属しているから、法解釈のなかに、数学的方法や実証的方法がもたらす知見という異質物を安易に混入するべきでないという判断に起因している¹⁸。この判断の背後には、数学的方法や実証的方法は确实・不可謬な知をもたらす、あるいはもたらすと自称するの¹⁹に対して、解釈という方法はそのような知識観をそもそも否定しているという理解がある。

この異議に応答するためには本来ならば多くを論ずる必要があるが、ここでその余裕はないから、一点を述べるにとどめたい。今日では、确实・不可謬な知という知識観はもはや維持されなくなりつつあるのではないか。世界は唯一通りにしか把握されえないのではなく、幾通りにも把握されるのであり、可謬で相互に対立しあう世界把握の間での優劣は、論争を通じて漸次的に決せられる他はない。この点の了解は、現在の数学や実証的な諸学問でも共有されつつあり、こうした共通了解の上で解釈という方法が改めて注目され探求されているのだと思われる。そうだとすれば、法解釈のなかに数学的方法や実証的方法の産物を導入することは異質物の混入などではないだろう。

第二に、公共選択全体が前提しているとされる個人像に対して異議が出され、その個人像に立脚する法と公共選択は受容できないと論じられるかもしれない。個人は常に実質的合理性のみに基づいて、つまり自らの私益を排他的に追求して行動するという極端な想定が、公共選択や法と公共選択の批判者²⁰ばかりか擁護者²¹によっても公共選択全体に帰せられてきた。

しかしながら、これは正確な理解だとは言いがたい。まず、公共選択の重要な一郭をなす社会的選択理論はそもそも実質的合理性を想定しておらず、¹²²この分野における様々な発見は実質的合理性から独立に妥当する。それとは対照的に、合理的選択理論は原則として実質的合理性を想定している。振り返って考えるならば、我々の多くは自己利益を私益として捉え、原則的にはその自己利益を追求していると言つてよいだろう。さもないければ、合理的選択理論は政治過程の現実を記述し説明する力をもちえないであろう。しかし、合理的選択理論の行動モデルは、個人が常に私益のみを追求しているといった強い想定には基づいておらず、それを必要としてもいない。¹²³レント・シーキングを行う目的が、それによって得た補助金を家族旅行に費やすという利己主義的目的であるのか、福祉施設に匿名で寄付するという利他主義的目的であるのかは、レント・シーキングの行動モデルの有効性にとって無関係である。また、匿名の寄付のような利他主義的目的の存在を認めることは、市場と類比的な政治過程理解という公共選択の特色とも矛盾しない。¹²⁵企業家による利潤追求の目的が自宅の改築費用の捻出にあるか、飢餓に苦しむ国の人々への匿名の寄付にあるかは、企業家による利潤の最大化という行動モデルには無関係である。以上から分かるように、例外なき私益の排他的追求という過度に強い想定を公共選択に帰することは、誤解だと言わざるをえない。

法と公共選択に対する根底的疑念に移ることにしよう。公共選択はしばしば、政治的保守主義や市場万能論の右派的イデオロギーに依って立つ諸研究とみなされ、¹²⁶一九七〇年代末以降にアメリカ・イギリス・日本などで見られた「小さな政府」の潮流と結び付けられている。¹²⁷さらにわが国には、特定の論者によるケインズ主義批判を「公共選択論」と呼ぶ例さえ見られる。そこで、これらの公共選択理解に基づいて、法と公共選択は右派的イデオロギーを法解釈のなかに持ち込もうとするものではないかという疑念が出される。

公共選択のいわゆるイデオロギー性の主張を検討する際には、公共選択とヴァージニア学派とを区別する必要がある

る。公共選択とは、すでに述べたように、非市場的決定の経済学的な諸研究の総体であるが、その発展に与って力があったのがヴァーージニア学派である。この学派は公共選択のなかでも特に強い方法的個人主義³¹と、政府の機能への懐疑論や市場の非市場に対する優位性の確信というイデオロギーとによって性格づけられる。ヴァーージニア学派は公共選択の発展に多大な寄与をなしてきたために、これらはともすれば混同されがちだが、しかし公共選択をヴァーージニア学派に還元することはできない。まず、ヴァーージニア学派に並ぶ有力学派としてはロチェスター学派があり、両者の間には関心の対象の上でもイデオロギーの上でも相違が見られる³²。また、いずれの学派にも属さず、ヴァーージニア学派のイデオロギーに対して批判的な理論家も決して少なくない。さらに近年では、右派的イデオロギーと対決する立場からの公共選択の試みも現れている³³。このように、公共選択の理論家が依って立つイデオロギーは多岐にわたっているのである³⁵。

公共選択に対する誤解が解けた後にもなお、本稿のイデオロギー的偏重への疑念が表明されうる。その疑念によれば、公共選択の知見に基づいて積極的な司法審査を唱える議論のいくつかは経済的自由権の擁護を主張している³⁶。そこで、わが国の判例の自制的態度を批判的に検討する本稿もまた、経済的自由権に偏重し、精神的自由権の重要性を十分に認めず、社会権・参政権を等閑視するイデオロギーの上に立っているのではないかというのである。

この疑念に対しては次のように応えたい。積極的審査を唱える法と公共選択のいくつかの議論は確かに経済的自由権について論じているが、しかし一様に経済的自由権に集中しているわけではない³⁷。より重要なのは、公共選択の成果は経済的自由権の特権的地位を認めるものではないという点である。また、判例による精神的自由権の保護が不十分であるわが国では、³⁸権利の要保護性の差異を無視して経済的自由権に偏重することは危険だと考える。後にも示唆するように、本稿の立場はこのようなものではない。

以上に加えてさらに別の根底的異議があると言われるかもしれない。異議の対象は、利益集団モデルが描き出す政治過程像とりわけ立法過程像である。このモデルでは、政治過程は総じて、政治家が国民全体の費用負担において特定集団の利益を促進する法律を制定し、それと引換に当該集団が選挙活動や献金を行う交換過程として描かれる。この過程の所産である法律は、国民全体の共通利益つまり公益ではなく特定集団の特殊利益ないし私益に仕えるのだとされる。このような立法過程像や法律像は、立法過程は諸利害を調整しつつ公益の促進を目指す過程であり、その所産である法律は公益に仕えているという伝統的信念に対する挑戦に他ならないから、根底的異議を免れないはずだといっているのである。

確かに、利益集団モデルが描く立法過程像は法律家や法学者からの激しい反発³⁹や異議⁴⁰を招いている。しかし、批判者たちも、立法過程が政治家―利益集団間の交換という側面をもつことや、一部の法律が私益に仕えることを全面的に否定しているわけではない⁴¹。他方、利益集団モデルに依拠する論者たちは、公益に仕える法も私益に仕える法もあることを共通了解とした上で、法律をその機能によって類型化している⁴²。さらに近年には、法律の類型化を精緻化した上で、類型ごとに異なった法解釈を行うべきだとの提案⁴³もなされている。既存の類型化には問題点が多いと考えるが、ともあれ、伝統的信念を全面的に維持して利益集団モデルを完全に否定することは困難だろう。そうだとすれば、伝統的信念に基づく根底的異議は存立しえず、争点は法律の類型化の如何に移ることになる。

2 司法過程の公共選択

立法・行政・司法という三つの法過程のうち立法過程と行政過程については、公共選択の研究がこれまで精力的に進められてきた。それに対して、司法過程は公共選択のなかで等閑視されてきた。だが、立法過程についての公共選

択の知見を受容するならば、司法過程についても公共選択の手法を適用しなければ一貫しないだろう。そこで、本稿に対する次のような異論が予想される。立法過程を含む政治過程に関する公共選択の成果が、立法裁量論を判例上根拠づけている議論を掘り崩すとしても、そのことから直ちにこの法理の妥当性について判断できるわけではない。立法裁量論の妥当性は、公共選択の手法を司法過程にも適用した後に初めて判断しうる問題である。

この異論は少なくとも三つの方向に展開しうる。第一は社会的選択理論の手法を司法過程に適用または応用する議論である。¹⁴⁴ それによれば、合議制においては評決は原則的に過半数の意見によるから（裁判所法七十七条一項）、評決時には循環が生じうる。また、評議においては、これを整理する地位にある裁判長（同法七五条二項参照）はアジェンダ・コントロールに類比的な討議の操作を行うことができ、また各裁判官は戦略的投票に類比的な虚偽の意見表明をなしうる。これらの事実を根拠として、第一の議論は、裁判に一貫性を求めることはできないと主張する。¹⁴⁵ 裁判が不可避免的に一貫性を欠き矛盾している以上、裁判所の判断が国会の判断に優越すると考える理由はない。にもかかわらず立法裁量論を局限するならば、一貫性を欠く裁判所の判断が氾濫するであろうというのである。

この議論が依拠する事実を否定することはできないだろう。社会的選択理論の手法は合議制の決定に適用され、¹⁴⁶ 評議には応用されうる。しかし、推移性の不充足や戦略的な行動は、裁判の一貫性が満たされないことをはたして意味するのだろうか。むしろ両者は別個の次元に属する問題ではないか。裁判の一貫性については様々な見解がありうるが、私は、ある裁判が過去の判例・裁判例を支持する議論の総体と整合的であるとき、それは裁判の一貫性を満たしていると考えられる。¹⁴⁷ この私見に同意しない人も、裁判の一貫性が裁判間の関係上の問題であることには異論がないであろう。裁判間の一貫性にとって推移性や戦略的な行動は無関係であり、件の議論は誤った推論（*non sequitur*）を犯していると言わざるをえない。

第二の議論は利益集団モデルを司法過程に当てはめる。それによれば、利益集団が自らの利益に適った法律を手に入れるために政治家に働きかけるといふ事実を認める以上、自らの意に沿う裁判を獲得するために訴訟を提起し裁判官に働きかけると考えなければ一貫しない。裁判官は国会議員と同様に、小規模で強力な利益集団からの圧力に不断にさらされているはずである。¹⁴⁸ そのような裁判官が自らに課す制約として、立法裁量論は意義をもつというのである。

しかしながら、立法過程では多様な争点が創出・選択され、争点に関わるすべての利害・価値が考慮され相互に調整されて法律が制定されるのに対して、司法過程では特定の争点について両当事者が主張・立証を行い、それに基づいて裁判が行われるから、利益集団がこの過程に圧力を加えるのは困難である。特に、民事訴訟における弁論主義は圧力に対する効果的な防壁となっている。しかも、裁判官は議員と異なって選挙を経ることなく任命され、身分保障がなされているから、一般に利益集団との交換関係が成立しにくい。¹⁴⁹ もっとも、利益集団がマスコミ世論を喚起し、あるいはより直截に裁判所に押し掛けて裁判所に圧力をかけるといふ事態はときに見られる。しかし、調査結果によれば、わが国の利益集団は現に裁判所を重視していないのである。¹⁵⁰ 結局、裁判所は、利益集団の圧力を完全に免れてはいないが、立法裁量論の広範な採用を必要とするほどには圧力を受けておらず、また制度的に見ても圧力は脅威とならないと結論づけられよう。¹⁵¹

第三の議論は、利益集団民主制のなかで裁判所は特別な機能をはたしていると論ずる。この議論は、利益集団モデルの下で司法の独立を説明した重要な論考¹⁵²に部分的に依拠している。その論考によれば、立法過程という議員・利益集団間の取引では、市場でのそれと異なって合意を強行できないから、取引結果がもつ価値は低い。¹⁵³ そこで、結果を長期的に持続させてその価値を高める装置が必要となる。こうした装置の一つが司法の独立である。裁判官が現在の議会の意向から独立して制定時の議会の意図に忠実に法解釈を行うならば、取引結果の価値が高まる。¹⁵⁴ 以上の説明に

従って、第二の議論は、利益集団モデルが妥当だとすれば、裁判官は法律の持続を不可能にする違憲判決を下そうとしないはずだと論ずる。右の論考では憲法上の権利もまた利益集団を利するとされているが、この主張は、労働者の団結権・団体交渉権・争議権などのわずかな例外を除いて尤もらしくない。むしろ、憲法上の権利を根拠として裁判官が法律を無効とする違憲判決は取引結果の価値を低めるから、利益集団民主制においては原則的に違憲判決は期待できない。そして、違憲判決を下さないための法技術として立法裁量論が機能しているというのである。

右の議論が依拠する司法の独立の説明には一つの失われた環がある。それは、裁判官の動機が説明されていないことである。裁判官が、自らも便益を得られない社会的に非効率的な取引結果を強行するとすれば、その動機は何であろうか。¹⁵⁶この問いに対しては、裁判官が結果を強行するときには、司法部門への予算が増加し裁判官の給与が増えるという解答が試みられている。¹⁵⁷だが、裁判官の給与は個別にではなく一律に増加するから、費用を伴う取引結果の強行を自分では行わず、他の裁判官による強行がもたらす給与の増加のみを享受するフリー・ライダーへの誘因が各裁判官に生じて、結果の強行はなされないと考えられる。¹⁵⁸裁判官の動機という失われた環が見いだされない限り、件の説明に依拠する第三の議論は説得力を欠いたままである。¹⁵⁹

以上のように本稿に対する批判がいずれも退けられるとすれば、我々は、公共選択の成果は立法裁量論の個別的かつ限定的な妥当性を含意するという先の暫定的結論を維持してよいだろう。

五 おわりに

これまで論じてきた、公共選択が立法裁量論に対してもつ含意の背後には、司法審査制度の理解やそれに基づいて

裁判所が審査時にとるべき態度に対して公共選択がもついても、そう広範な含意があると思われる。このより広い含意について若干の考察を行いたい。

従来の司法審査制度の理解とそれに基づいて裁判所に求められる態度は、次のように要約できる。民主制においては、多数派は、民主的な決定ルールに基づく政治過程を通じて自らの意志を法律に具体化する資格をもち、少数派は原則として、自らの意志に反する法律に服従することによる不利益を甘受しなければならない。しかし、少数派の不利益が甚大で、その憲法上の権利が侵害されている疑いがあるときには、裁判所が多数派の意志の妥当性を吟味する。それが司法審査だとされる。司法審査はここでは、多数派—少数派間の関係のなかで捉えられ、多数派の意志の貫徹を阻みうる制度だとされている。そうであるからこそ、司法審査は民主制からの逸脱だという見解が、少なからぬ法律家や法学者によって共有されてきた⁽⁶⁾。裁判所も民主制の下にある以上、国会と同じく多数派の意志を尊重するべきであり、審査にあたって自制的態度を堅持しなければならない。この自制的態度の一つの具体化が立法裁量論である。然るに、公共選択の成果は、政治過程を通じて顕現する意志の主体としての多数派なるものは幻影にすぎないこと⁽⁶⁾を含意しているのではないだろうか。「政府の失敗」のなかで最も深刻なのは、多数派の意志なるものを同定するのが極めて困難だという事実だろう。現実を直視するならば、多数派はしばしば、自らの利益に適った意志を形成するのに必要な情報を収集せず、情報を得て意志を形成してもそれを表明しようとしていない。法律に具体化されるのはむしろ、精力的にレント・シーキングを行った小規模な利益集団の意志や、集合的決定で戦略的操作が好運にも功を奏した党派の意志であることが少なくない。

このような含意を踏まえるならば、司法審査制度は新たな光の下で捉え直されることになる。司法審査は、多数派と少数派の関係ではなく、政治過程で自らの意志を法律に反映させえた有力で好運な少数派とそれ以外の人たち——

それが「沈黙する多数派」であれ非力な少数派であれ——との関係のなかで捉え直される。政治過程において敗北し、あるいはその過程にそもそも加われなかった集団に属する個人がもつ特に重要な利益が侵害されているとき、その個人を侵害から救済しうる機関は、政治過程の外部に位置する裁判所を置いて他にはない。この侵害の有無を判定する制度こそが司法審査制度である。判定に際して裁判所が尊重するべき多数派の意志なるものが実際には幻影にすぎないとするれば、個人の権利とりわけ要保護性の高い権利が問題となっており、ときに裁判所が自制的態度をとるべき最も有力な根拠が失われることになる。選好の反映からの議論と政治的責任からの議論とが掘り崩されたことは、その二通りの現れだったのである。

本稿は、立法裁量論を判例上根拠づけている四つの議論に対して公共選択の成果がいかなる含意をもつかを考察することを通じて、立法裁量論を批判的に検討してきた。この検討は予備的なものであり、これに続いて、個々の判決に公共選択の手法を適用して精査する作業がなされるべきだろう。また、司法の自制を示す他の法理の検討も必要である。さらに、審査の場面で裁判所が公共選択をどのように利用しうるか、¹⁶³そのために訴訟手続や司法行政の上でいかなる改革がなされるべきか¹⁶⁴も、探求されなければならない。我々の前には、司法審査をめぐる法と公共選択の広大な問題領域が広がっている。

[注]

- (77) See Riker & Ordeshook, *A Theory of the Calculus of Voting*, 62 *Am. Pol. Sci. Rev.* 25, 25-28 (1968). このモデルを先駆的に示唆したもので、A. DOWNS, *supra* note 53, at 38-40, 240, 260, 265-272, 274.
- (78) See Riker & Ordeshook, *supra* note 77, at 28. その原型となった「民主制の維持から得られる長期的利益と」らの観念については、A. DOWNS, *supra* note 53, at 261-262, 266-270. もっとも「限界的な費用・便益に着目するモデル」のなかで長期的利益と「観念を持つたものでは、モデルの一貫性を失わせることになる」。I. McLEAN, *supra* note 16, at 47.
- (79) See Riker & Ordeshook, *supra* note 77, at 37-40. 期待効用最大化モデルに関する他の実証研究としては、Ashenfelter & Kelley, *Determinants of Participation in Presidential Elections*, 18 *J. L. & Econ.* 695, 696-720, 724-733 (1975); Frohlich, Oppenheimer, Smith, & Young, *A Test of Downsian Voter Rationality: 1964 Presidential Voting*, 72 *Am. Pol. Sci. Rev.* 178, 181-189 (1978).
- (80) See A. DOWNS, *supra* note 53, at 244.
- (81) これを裏でける分析として、D. MUELLER, *supra* note 16, at 354-355. 投票をスピークン観戦中の応援と類比的に理解する一見大胆なモデルも、本文のよちな観点からいっては意外なものではない。See Brennan & Buchanan, *Voter Choice: Evaluating Political Alternatives*, 28 *Am. Behavioral Scientist* 185 (1984).
- (82) See Ferejohn & Fiorina, *The Paradox of Not Voting: A Decision Theoretic Analysis*, 68 *Am. Pol. Sci. Rev.* 525, 526-528 (1974).
- (83) See Ferejohn & Fiorina, *Closeness Counts Only in Horseshoes and Dancing*, 69 *Am. Pol. Sci. Rev.* 920, 922-925 (1975).
- (84) See e.g. Goodin & Roberts, *The Ethical Voter*, 69 *Am. Pol. Sci. Rev.* 926 (1975); Meehl, *The Selfish Voter Paradox and the Thrown-Away Vote Argument*, 71 *Am. Pol. Sci. Rev.* 11 (1977).
- (85) 44号、11の11のモデルを組むかた提案として、Strom, *On the Apparent Paradox of Participation: A New Proposal*, 69 *Am. Pol. Sci. Rev.* 908, 910-912 (1975). 他は「投票を口人非協力ゲームと捉えるモデルとして」

説

論

- Palfrey & Rosenthal, *Voter Participation and Strategic Uncertainty*, 79 *Am. Pol. Sci. Rev.* 62, 63-77 (1985); Hansen, Palfrey, & Rosenthal, *The Downsian Model of Electoral Participation: Formal Theory and Empirical Analysis of the Constituency Size Effect*, 52 *PUB. CHOICE* 15, 19-23 (1987).
- (86) See A. Downs, *supra* note 53, at 215-216, 219, 240-241.
- (87) *Id.* at 239, 243.
- (88) *Id.* at 244-246, 258, 264.
- (89) *Id.* at 97-100. ただし「イデオロギーは今日では一次元的にでなく多次的に理解される必要がある」。前注(60)参照。
- (90) *Id.* at 115, 136-139, 141, 226.
- (91) See *id.* at 254-256, 297, 299.
- (92) 利益集団について一般的には、辻中豊『利益集団』（東京大学出版会、一九八八）。
- (93) See M. Olson, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* (enlarged ed. 1971) [依田博＝森脇俊雅訳『集合行為論』（一九八三）]。
- (94) *Id.* at 44-48.
- (95) 集合行為モデルに対しては多方面からの批判がなされ、また様々な修正・拡張が施されてきた。集合行為をめぐる最新の理論展開を以下の応用として、T. SANDLER, *COLLECTIVE ACTION: THEORY AND APPLICATIONS* (1992)。
- (96) レント・シーキングに関する主要な研究を収めた論文集として、TOWARD A THEORY OF THE RENT-SEEKING SOCIETY (J. BUCHANAN, R. TOLLISON, & G. TULLOCK eds. 1980); *THE POLITICAL ECONOMY OF RENT-SEEKING* (C. ROWLEY, R. TOLLISON, & G. TULLOCK eds. 1988)。比較的初期の研究については、概観として、Tollison, *Rent Seeking: A Survey*, 35 *KYKIOS* 575 (1982) [中内弘隆訳「レント・シーキング：サーベイ」公共選択の研究三〇七頁（一九八三）]。
- (97) Tullock, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, 5 *WESTERN ECON. J.* 224, 228-232 (1967)。
- (98) これは次の例に倣って、Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 *J. Pol. Econ.* 807, 812 (1975)。
- (99) See e.g. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell J. Econ. & Mgmt. Sci.* 3 (1971); Posner,

Theories of Economic Regulation, 5 BELL J. ECON. & MGMT. Sci. 335 (1974); Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J. L. & ECON. 211 (1976). この領域における研究の概観として TOLLISON, *Regulation and Interest Groups*, in REGULATION: ECONOMIC THEORY AND HISTORY (J. High ed. 1991) [中本邦訳「規制と利益団体」公共選択の研究二二号一頁(一九九二)】。

(101) See e.g. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, 64 Am. Econ. Rev. 291 (1974).

(102) 所得移転の費用として Tullock, *The Cost of Transfers*, 24 KYKLOS 629 (1971).

(103) See Aranson & Ordeshook, *Regulation, Redistribution, and Public Choice*, 37 Pub. Choice 69, 80-85 (1981).

(104) 労働市場の推定とアメリカの Posner, *supra* note 98, at 815-821. ヤンズやホルンロッド Krueger, *supra* note 100, at 293-294.

説
(105) イギリスの一九三三年工場法として Marvel, *Factory Regulation: A Reinterpretation of Early English Experience*, 20 J. L. & Econ. 379, 380, 387-402 (1977). 現代アメリカの職業安全衛生局および環境保護庁による産業規制として Bartel & Thomas, *Predation Through Regulation: The Wage and Profit Effects of the Occupational Safety and Health Administration and the Environmental Protection Agency*, 30 J. L. & Econ. 239 (1987).

論
(106) アメリカの一九二四年関税法として Pincus, *Pressure Groups and the Pattern of Tariffs*, 83 J. Pol. Econ. 757, 757-758, 770-776 (1975). ケネディ・リマンズ後に見られたアメリカの輸入規制形態の変化として Marvel & Ray, *The Kennedy Round: Evidence on the Regulation of International Trade in the United States*, 73 Am. Econ. Rev. 190 (1983).

(107) 例えは「一九世紀初頭アメリカの奴隷輸入禁止として」 Anderson, Rowley, & Tollison, *Rent Seeking and the Restriction of Human Exchange*, 17 J. L. Stud. 83 (1988).

(108) 原田泰二・香西泰「日本経済発展のビッグ・ゲーム——レント・シーキング活動を越えて」(東洋経済新報社、一九八七)。

(109) See Kabashima, *Supportive Participation with Economic Growth: The Case of Japan*, 36 World Pol. 309, 318-338 (1984).

- (109) この点は論者たちも認めている。原田＝香西・前掲注(107)一〇九頁。
- (110) 許認可等の最新の総数とその内訳については、畠中誠二郎「規制緩和の概観」ジュリスト一〇四四号五六頁(一九九四)、五七―五九頁。
- (111) 公的規制がもつ他の側面の一つは、規制の拡大は規制主体である官庁の権限・組織さらには予算の拡大を意味し、したがって官僚の利益に適うという事実である。わが国に特徴的である強力な行政指導もこのような観点から捉えることができる。予算を最大化する官僚のモデルとして、W. NISKANEN, BUREAUCRACY AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT (1971)。これを修正して余剰予算の裁量的消費を組み入れたモデルとして、Miguel & Bélanger, *Toward a General theory of Managerial Discretion*, 17 Pub. Choice 27 (1974)。
- (112) 代表性の担保にもかかわらず、義務投票制は規範的に容認しがたい制度だと考える。個人が、他者の人生の構想と両立しうる範囲内で、自らの人生の構想を自由に発見・創造し発展させ実現してゆく権利をもつことを承認する限り、非政治的人生の構想に対して重大な制約を課す義務投票制は容認できない。加えて、この制度は一見、民主制を効果的に維持しうるように思われるが、実際には、強制されない自発的な政治参加がもつ意義を否定することによって、民主制を形骸化させるものである。
- (113) See e.g. P. SELF, GOVERNMENT BY THE MARKET?: THE POLITICS OF PUBLIC CHOICE (1993); Kelman, "Public Choice" and *Public Spirit*, 87 Pub. Interest 80 (1987)。
- (114) 法と公共選択をめぐるシンポジウム (Symposium on the Theory of Public Choice, 74 VA. L. REV. 167 (1988)) への序言のなかで、連邦控訴裁判所の有力判事が公共選択への敵意を露にしたことは、法律家の間にある反発の激しさを雄弁に物語っている。See Mikva, *Foreword*, 74 VA. L. REV. 167 (1988)。
- (115) See Kelman, *On Democracy-Bashing: A Skeptical Look at the Theoretical and "Empirical" Practice of the Public Choice Movement*, 74 VA. L. REV. 199 (1988)。
- (116) See Mikva, *supra* note 114, at 176。
- (117) 解釈に関する私見として、宇佐美・前掲注(18)一八一―二九頁。
- (118) 亀本洋助教授は、宇佐美・前掲注(18)に対するご批評のなかで、解釈と数学的方法との関係という論点に私の注意を改め

て向けさせて下された。

- (119) Mikva, *supra* note 114, at 169.
- (120) See Kelman, *supra* note 113, at 81-85; Kelman, *supra* note 115, at 213-214, 217-218, 223.
- (121) See D. FARBER & P. FRICKEY, *supra* note 20, at 23-24.
- (122) 三一参照。
- (123) 私益のみの追求という想定は記述として誤っている。我々は時として、利他主義や価値へのコミットメントに基づいた行動をとる。また、自己利益を、他者の利益と競合しあう私益としてではなく、他者の利益や社会全体の共通利益と協調しあう利益として捉える人たちが少数ながらも存在することは否定できない。
- (124) 匿名でない寄付は自らの評判を高めるための利己主義であるかもしれない。匿名の寄付も、厳密には、他者の効用を高めることによって自らの効用が高まる一種の利己主義でありうるが、ここでは説明の便宜上、自らの効用とは関わりなく他者の効用を高める真の利他主義だと仮定している。

説

論

- (125) この指摘は、市場と政治過程が完全に同質の空間だという主張を含意しない。むしろ、多様な政治的信条体系としてのイデオロギーが行動に影響を与える点で、政治過程は市場と大きく異なっている。イデオロギーの重要性は近時、公共選択や法と公共選択の擁護者・批判者を問わず強調されている。See *id.* at 27, 29-33; P. SELF, *supra* note 113, at 6-7, 55; Kelman, *supra* note 113, at 90. もっとも、イデオロギーが実質的合理性の原則的想定やレント・シーキングのモデルを崩すほどに重要な役割を演じているという論者たちの主張は、少なくとも今日のわが国については極めて疑問である。
- (126) See e.g. P. DUNLEAVY & B. O'LEARY, THEORIES OF THE STATE: THE POLITICS OF LIBERAL DEMOCRACY 74-75, 93, 126-127 (1987).
- (127) See P. SELF, *supra* note 113, at 56-69.
- (128) J. BUCHANAN & R. WAGNER, DEMOCRACY IN DEFICIT: THE POLITICAL LEGACY OF LORD KEYNES (1977) [深沢実＝菊池威訳『赤字財政の政治経済学』(一九七九)]
- (129) 宮本憲一「公共性の政治経済学を——新自由主義＝新保守主義を克服するために」『公共性の政治経済学』一一頁(自治

体研究社、一九八九）二四―二五、二七頁。

(130) その記念碑的著作として、J. BUCHANAN & G. TULLOCK, *supra* note 66.

(131) 強い方法的個人主義は例えば、社会的厚生関数の存在自体を否定する立場からの一般可能性定理の批判に示されている。

See Buchanan, *Individual Choice in Voting and the Market*, 62 J. Pol. Econ. 334 (1954).

(132) この二学派に加えてブルームントン学派を挙げる学会状況の整理・分析として、Mitchell, Virginia, Rochester, and Bloomington: *Twenty-five Years of Public Choice and Political Science*, 56 Pub. Choice 101 (1988).

(133) P. DUNLEAVY, *DEMOCRACY, BUREAUCRACY AND PUBLIC CHOICE: ECONOMIC EXPLANATIONS IN POLITICAL SCIENCE* (1991).

(134) さらに言えば、近年の分析派マルクス主義の興隆は、方法的個人主義や実質的合理性の想定がイデオロギーを問わず採用されうることを例証している。

(135) 公共選択やそれに隣接する研究の結果が一定の政治的含意をもつことは疑いえない。例えば、財・サービスの公的供給と私的供給の間で費用や生産性を比較した実証研究の大半の結果によれば、公的供給は私的供給よりも費用が高く生産性が低い。研究結果のリストとして、D. MUELLER, *supra* note 16, at 262-265. より新しい結果を加えたリストとして、C. WOLF, *MARKETS OR GOVERNMENTS: CHOOSING BETWEEN IMPERFECT ALTERNATIVES* 201-211 (2nd ed. 1993). 同様の結論を示す他の研究・調査については、*id.* at 140. これらの研究結果は、供給の公―私間分担の政治的選択に対して一定方向の含意をもつ。しかし、このことは無論、公共選択のいわゆるイデオロギー性の主張を裏づけるものではない。

(136) See Aranson, *supra* note 22; Riker & Weingast, *supra* note 22.

(137) 例えば、経済的自由権に関する議論は他の種類の権利にも妥当するものとされる。See Aranson, *supra* note 22, at 286 n.1, 301-302 n.18.

(138) 二二参照。

(139) See Mikva, *supra* note 114, at 167-169. わが国では、利益集団間の妥協の産物という法律観は「そもそも法の見方としておかしいのではないか」という評言が目を引く。川浜昇『法と経済学』と法解釈の関係について(二)——批判的検討「民商法雑誌一〇九巻一号一頁(一九九三)五頁。なお、論者は、利益集団モデルを踏まえた法解釈論はわが国ではおよそ考えられないと示唆しているが(前掲六頁)、その根拠は明らかでない。前掲一〇頁注(101)と(103)も参照。

- (140) See e.g. Wald, *Limits on the Use of Economic Analysis in Judicial Decisionmaking*, 50 L. & CONT. PROS. 225, 240-243 (1987); Kelman, *supra* note 115, at 224-268.
- (141) See Wald, *supra* note 140, at 240-241; Kelman, *supra* note 115, at 223. See also Kelman, *supra* note 113, at 85-86, 90-91.
- (142) See Posner, *supra* note 21, at 269-272; Easterbrook, *States' Domains*, 50 U. CH. L. REV. 533, 540-547 (1983); Easterbrook, *The Supreme Court, 1983 Term — Foreword: The Court and the Economic System*, 98 HARV. L. REV. 4, 14-18, 42-57 (1984). これらを批判して法律の類型化の困難や恣意性を強調するものとして、川浜昇『法と経済学』と法解釈の關係について(一)——批判的検討』民商法雑誌一〇八巻六号二三頁(一九九三)五一頁注(86)。
- (143) See Eskridge, *supra* note 21, at 298-299, 324-325.
- (144) 社会的選択理論の手法を司法過程に適用して裁判所批判に回答するものとして、Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court*, 95 HARV. L. REV. 802, 813-832 (1982).
- (145) *Id.* at 813, 831-832.
- (146) ただし、循環については注意を要する。事実問題では、主要事実の存否という二者択一的争点について評決がなされるから循環が生ずる余地はなく、数額の判定や刑の量定については、各裁判官の選好順序が通常は唯一つの峰をもつであろうから循環は生じない。これらに対して、法律問題では、三つ以上の解釈が並立しうるから循環が生じうる。無論、循環が決定結果に現れて裁判を行えなくなるわけではない。数額の判定や刑の量定では、意見が三通り以上に分かれても常に一義的な決定結果がもたらされる(裁判所法七七条二項参照)。また、法律問題では、事件に対する結論が一致する二つの解釈群について多数決を行った上で、判決理由中に複数の解釈を併記すればよい。兼子一||竹下守夫『裁判法』(有斐閣、第三版、一九九四)三〇六頁。
- (147) この私見は別の機会に述べた。宇佐美・前掲注(18)二五三—二五六頁。
- (148) 利益集団は訴訟を通じて利益追求を行うと論ずるものとして、Rubin, *Common Law and Statute Law*, 11 J. LEG. STUD. 205, 213-219, 222 (1982).

説

論

- (149) Eskridge, *supra* note 21, at 305.
- (150) 一九八〇年の団体調査の結果によれば、最も重要な働きかけの対象として政党・国会を挙げた利益集団は四六%、行政庁を挙げたのは四八%だったのに対して、裁判所を挙げた集団は一%にすぎなかった。辻中・前掲注(92)一一九―一二〇頁。
- (151) 以上の議論は、紛争解決過程において小規模集団が大規模集団よりも優位になる傾向を否定するものではない。実際、資金が潤沢な小規模集団は、繰り返し訴訟を提起し、そのたびに優秀な弁護士を雇うことができ、また不利な判決が予想される場合には自らに有利な和解を行うことができぬ。Elhaage, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 *YALE L. J.* 31, 67-68, 77-78 (1991)。しかし、小規模集団の優位の傾向は、裁判官が利益集団から圧力を受けているか否かとは別個の問題である。
- (152) Landes & Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 *J. L. & Econ.* 875 (1975).
- (153) *Id.* at 877-878.
- (154) *Id.* at 878-885.
- (155) See *id.* at 892-893.
- (156) Macey, *supra* note 22, at 496.
- (157) See Tollison, *Public Choice and Legislation*, 74 *V.A. L. Rev.* 339, 345-346 (1988).
- (158) Macey, *supra* note 22, at 497-498. See also Eskridge, *supra* note 21, at 305 n.88.
- (159) この応答は、裁判官は何を最大化するように行動するのかわという極めて重要な論点に繋がるが、その立ち入った考察には別稿を要する。ここでは若干の文献を挙げるにとどめたい。自らの選好を社会に課すことから得られる満足感の最大化を示唆するものとして、Landes & Posner, *supra* note 152, at 887。法律家集団内での威信の最大化を示唆するものとして、Macey, *supra* note 22, at 498 n.80。実証研究では、富の最大化行動を確認するものとして、Kimenyi, Shughart, & Tollison, *What Do Judges Maximize?*, 3 *J. Pub. Finance & Pub. Choice* 181 (1985)。昇進可能性の判決への影響を確認するものとして、Cohen, *The Motives of Judges: Empirical Evidence From Antitrust Sentencing*, 12 *INT'L REV. L. & Econ.* 13 (1992)。より一般的に、裁判官の行動分析の整理・分析としては、大澤秀介

「裁判官の行動分析」 芦部信喜編『講座憲法訴訟 第3巻』二八九頁（有斐閣、一九八七）。

(160) See A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 16-23 (1962); Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 *TEXAS L. REV.* 693, 695-696, 699 (1976). See also Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *IND. L. J.* 1, 2-3, 6 (1971).

(161) 意志の主体としての多数派とは異なって、属性上の多数派は幻影ではなく、文脈によって明確に同定される。民族の文脈では日本民族が、国籍の文脈では日本国籍保有者が、心身の障害の文脈では健康者が明らかに多数派である。属性上の多数派は、少数派に対する抑圧・差別の可能的主体としての多数派でもある。

(162) なお、世論における意志の主体としての多数派は公共選択によって脅かされず、また現に存在していると主張されるかもしれない。この主張の前半はその通りだが、後半には異論の余地がある。世論がマスコミ世論として以外には存在しえない現代社会においては、マスメディアによって取り上げられ増幅された少数派の意志が世論となることも稀ではない。宇佐美誠「公共的決定としての法(六・完)」名古屋大学法政論集一四八号五五九頁（一九九三）五八三—五六四頁。

(163) その考察にあたって注意を要するのは、レント・シーキングの位置づけである。ある法律が制定されるまでにレント・シーキングが行われたという事実は、その法律の評価を直ちに左右するものではない。犯罪被害者等給付金支給法の制定を被害者の遺族らが求めたという事実は、これが私益のみに仕える不公正な法律だという評価をもたらさない。観点がやや異なるが類似の指摘として、Elhaage, *supra* note 151, at 49-53. See also D. FABER & P. FRICKEY, *supra* note 20, at 35. レント・シーキングの事実はむしろ、問題となっている法律の規制がその立法目的（とされるもの）を達成するために真に必要なものであるのか、また目的を効果的に達成しうるのかなどを裁判所が吟味する際の一つの判断材料として位置づけられるべきである。

(164) 訴訟手続や司法行政上の改革を構想するにあたっては、裁判官の最大化行動に関する研究（前注(159)参照）が有力な手掛りを与えるだろう。

説

論

「二八卷三・四号の正誤表」

誤

表紙

予備的検討(1)

九五頁後四行

公共選択とその含意

一〇二頁一行

本鐸社

正

予備的検討(-)

公共選択

木鐸社