

資料

論文紹介：憲法理論と社会的選択理論

— Lynn A. Stout, *Strict Scrutiny and Social Choice: An Economic Inquiry Into Fundamental Rights and Suspect Classifications*, 80 GEO. TOWN L. J. 1787 (1992)—

西條 潤

確立した先例によれば、ある法律が基本的権利を制約するか、または、疑わしき分類を用いるものであるとき、裁判所は厳格審査により当該法律の合憲性を判断する。周知のとおり、裁判所は厳格審査基準に依拠したとき、例外はあるにせよ、違憲の判断に至るといわれる。そのため、どの権利が「基本的な」それであるのか、どの分類が「疑わしき」それであるのかは、憲法適合性判断を左右するきわめて重大な問いである。にもかかわらず、この重大な問いに関する解釈上の指針を合衆国憲法はほとんど用意していない。合衆国憲法典上の文言のみを根拠として具体的な事案に判断を下すことは、きわめて困難なのだ。そこで法学者は、司法審査のあり方を示す様々な理論に依拠しつつその間隙を縫おうと試みてきた。原意主義（Original Intent）理論、代表補強（Representation-Reinforcing）理論、道

徳哲学理論がその代表例である。これら理論は「憲法典に先行するルール」を提示することによって上述の問いに応答せんとするのである^①。これら理論に替えて本論文執筆者 Lynn A. Stout（以下「筆者」という）は、社会的選択理論を、憲法典に先行するルールとして選択している。

社会的選択理論（Social Choice Theory）以下「SCT」と略記）とは、「ある社会が、個人の嗜好を基礎としてその社会が全体としてなさねばならない行為をどのように意思決定すべきなのか、という問題」を扱う学問領域である^②。

ここで簡単に、憲法理論への応用に必要な範囲でSCTの基本的議論を確認しておこう。

個人は資源の希少性という条件に服しながら、実現可能な選択肢のなかから自らの効用を最大化するものを選ぶ^③とする。合理的効用最大化である。この想定を個人的選択のレヴェルから社会的選択のレヴェルにまで単純に拡張できるとすれば、こいういえる。諸個人の効用を集計して得られる社会全体の効用、すなわち社会的厚生を最大化する選択が最も望ましい社会的選択である。ところが、社会的選択は個人的選択ほど単純な作業ではない。選択肢を整理するさいに個人の効用の大小を基準にできる個人的選択と異なり、社会的選択においては、異なる個人で選択肢ごとに効用比較をしなければ選択肢を整理できない。個人間効用比較の基準（社会的厚生関数）にしたがった効用集計を行うことではじめて、社会的厚生を最大化する社会的

選択が可能となるというわけである。

かくて、SCTの憲法理論への応用を試みる筆者は、社会的厚生関数の導出という課題に取り組みこととなる。

1. 憲法の経済分析

ここでひとまず、SCTの憲法理論への応用の第一段階における筆者の議論に目を向けることとしよう。

一見すれば、合理的効用最大化というSCTの想定は国家の存在と相容れないように思われる。国家による強制は、強制を受ける個人の効用を減少させるからである。しかしながら、SCTの想定と国家の存在は両立可能である、と筆者はいう。無制約の効用最大化を断念すれば自分の(ひいては全員の)状態が良好すると考える個人は、互いに大きな負の外部性を及ぼしあうことを避けるために、無制約の効用最大化を阻止する国家の強制を受容する。^③つまり、合理的個人はパレート改善につながる選択肢を自発的に選ぶだろうというわけだ。^④

もつとも、この社会的選択が社会的厚生を増大させるとしても、次なる課題こそ重大である。社会的厚生を増大させる国制の設計は容易ではない。社会的厚生を増大させる社会的選択を立法部になさしめるための国制の設計図である憲法に社会的厚生関数を書き込むことは、至難の業である。

その解題にあたって筆者の援用するのが、J. ロールズの

「無知のヴェイル」という仮設である。自分の地位や能力に関する情報を排除された無知のヴェイルのもとで、合理的効用最大化を図る個人は、全員一致の合意のすえに社会的厚生関数を憲法典に書き込むだろう。自分の個性や能力を同定不可能にする無知のヴェイルに覆われた状況では、自分がいかなる個性をもつ誰になるかが分からないのだから、合理的効用最大化を図るには、自分が誰になったとしても自己効用が最大となるよう期待平均効用最大化戦略をとるしかなくなる。つまり無知のヴェイルは、合理的効用最大化者をして、社会的厚生関数の選択に不可欠の個人間効用比較をなさしめるのである。かくて、合理的効用最大化者は期待平均効用集計値としての社会的厚生最大化に資する憲法を全員一致により選択することとなる、と筆者はいうのである。

もつとも、無知のヴェイルに覆われた個人が、必ずしも期待平均効用最大化を国家行為の従うべき原理(社会的厚生関数)とする憲法を選択するとはかぎらない。無知のヴェイルのもとで個人の選択する憲法には複数のヴァージョンがありうる。期待平均効用最大化原理を具体化する憲法もあれば、期待平均効用ではなく最も不遇な個人の効用に決定的ウェイトを与えるロールズ流正義の原理を具体化する憲法もあるだろう。両憲法は、弱者救済を目的とする経済的自由規制やアフアーマティヴ・アクションの合憲性につき結論を異にする可能性がある。無知のヴェイルのもとでの憲法選択は憲法判断の帰趨と密接に結びつ

いているのである。

筆者がSCTを憲法理論に導入するねらいは、ある立法の憲法適合性の判断枠組を提供することにある。憲法は期待平均効用最大化原理を具体化する一連のルールだと筆者はいいたいのである。社会的選択手続としての政治過程の機能の是非は、同原理にしたがった選好集計をなしうるか否かに依存している。期待平均効用最大化原理にもとる帰結を政治過程が生むとき、つまり立法部が社会的厚生を最大化できないとき、この立法部の失敗を是正する機関として期待されるのが司法部である。従来の憲法理論の説く司法審査の役割をSCTの視座からこのように読み解くところに、筆者の議論の最大の特徴をみてとることができるといえる。かかる分析視角から筆者は、基本的権利を制約する法律、疑わしき分類を用いた法律を例にとって論をすすめてゆく。

2. 基本的権利の経済分析

憲法選択以降の社会的選択は、全員一致を要しない多数決による意思決定方式、典型的には二項対立的 (binary) 票決方式によるものが通例である。これは、意思決定費用が高くつきすぎることを回避するためである。しかしながら、一見合理的にみえるこの選択こそが立法部の失敗の発生因であると筆者はいう。二項対立的票決方式では各人の選好の強弱を表しきれない

ことを、筆者は警戒視しているのである。この票決方式では、票決対象に対するYESまたはNOの選好を表明できはするものの、票決対象がどの程度好ましいかまたは好ましくないかという選好強度の顕示をしていくわけではない。3人からなる集団のうちの構成員1人に過酷な負担を課すことと引き換えに構成員2人にわずかな便益を与えるある提案を、立法部は多数決により可決するだろう。この単純な例の示すとおり、選好強度の顕示不可能な二項対立的票決方式は社会的厚生を減少させかねないのである。

選好強度の顕示可能な社会的選択手続を筆者が追い求めるにはもう一つ理由がある。K. アローが数理的に証明してみせたように、社会的厚生を最大化する選択肢を確実に選びとる投票制度は設計不可能である。いわゆる一般不可能性定理である。SCTは、このアローの定理を回避するため、選好強度顕示を可能にすることを通して社会的選択手続の精度を向上させようと苦心してきたのである。選好強度の顕示されうる意思決定過程であれば二項対立的票決を用いたそれよりも社会的厚生が正確に表示される、というのである。

かくて筆者の分析は、社会的選択手続である政治過程が選好強度を反映しうるか否かに向けられてゆく。筆者は、立法部の意思決定に選好強度を組み込む二つの方策を挙げている。ログ・ローリングならびに選挙運動への寄付 (campaign contribution) およびロビーイング活動である。

ログ・ローリングとは、票を融通しあうことによって自分が強い利害関心をもつ争点につき有利な意思決定を引き出す手法である⁶⁾。ある立法に強く反対するマイノリティは、自分たちがさほど利害関心をもたない他の争点において票を提供することと引き換えに当該立法に反対する票をとりつけるログ・ローリング協定を通じ、当該立法を阻止できるのである。ただ、ログ・ローリングを通じた選好強度顯示に限界があることを筆者は承知している。それは、膨大な数の有権者が国政レベルでの選挙のさいにログ・ローリングを行うことは不可能だろうし、立法部内のログ・ローリングとして必ずしも有権者の厚生を最大化するやり方でなされるとはかぎらない、という留意点である。

選好強度の顯示は、選挙運動への寄付およびロビイング活動を通じてもなされる。法律は、立法部によって売られ、当該法律の受益者によって買われる。ある法律を欲する者は、選挙運動への寄付およびロビイング活動を通じて当該法律を買い取るうとする。つまり筆者は、政治過程の動きを市場のそれとして捉えるのである。最も多くの額を支払う者に財を供給する市場のごとく、政治市場は、法律獲得のために政治的支持という通貨を最も多く支払う者に法律を供給することで、社会的厚生を増大させるというわけである⁶⁾。

諸利益集団がこれら手法を用いて選好強度を顯示できるかぎり、政治市場は社会的厚生を増大させる。もつとも、この条件が充足されない場合、政治市場は機能不全に陥る。筆者は二つ

の場合をこの例として挙げている。政治市場が、①強固な経済的利害関心をもつマイノリティ (Economic Minority) 以下「EM」と略記) の選好強度を過大に反映する場合と、②プライバシーに強固な利害関心をもつマイノリティ (Privacy Minority) 以下「PM」と略記) の選好を過小に反映する場合である。

まず①について筆者はこういう。EMは、レント・シーキングにより、組織化されざるマジョリティから自分たちへと富を移転できる⁷⁾。なぜなら、小規模利益集団は以下の要因がもとで政治過程に不釣り合いほどの影響力を行使しうるからである。

(1) 自分に便益をもたらす活動に要する費用を負担せずとも当該活動の恩恵に浴することができたら、個人は費用負担せずに便益のみ享受しようとする(ただ乗り、フリー・ライドする)だろう。このフリー・ライダー・インセンティブは大規模な利害関心の組織化を著しく困難にする。ある活動のもたらす便益が広範囲に薄く及ぶようになるほど、当該活動のため個人の負担する費用が当該活動から得られる便益を超過するようになるからだ。そのため、フリー・ライダー問題克服の容易な小規模利益集団ほど効果的に選好強度を顯示できるのだ。

(2) 政治活動は、参加に費用がかかるわりに、当該活動が個人にもたらす便益は小さい。このため、重大な利害関心をもつ場合を除き、合理的個人は政治活動への参加を差し控えるインセンティブをもつのだ。いわゆる補償不可能費用 (nonrecoverable costs) 問題である。

次に②のPMに目を転じてみよう。①の考察から推測すれば、PMの選好強度顯示力も強力だと考えられそうであるが、EMと異なりPMは政治過程において効果的に選好強度顯示できない。筆者は以下のごとくその原因分析をしてみせている。

避妊具の使用を望む夫婦や永久植物状態での生よりも死を選ぶ個人などの例を挙げながら筆者は、これらPMの効果的な選好強度顯示を困難ならしめる要因を述べている。i) マイノリティといえど実はその数的規模が大であるPMはフリー・ライダー問題に直面するため、二項対立票決方式のもとでは、組織化困難なPMは組織化されざるマジョリティに敗北する可能性がある。ii) EMと異なりPMはフリー・ライダー抑止策（構成員のみに提供される排他的便益）を利用し難いため、PMのフリー・ライダー問題は深刻化する。iii) プライヴァシーを制約する法律のもたらす費用を知覚することはプライヴァシーに関する選択を現実に行う時点まで困難であるため、当該選択に關し非常に強い選好を有するPMといえど効果的選好強度顯示は困難である。iv) 仮にPMがこの費用を事前に知覚していたとしても、プライヴァシーに関する自分たちの選好を他者に知られることが政治活動に不可避なら、匿名の存在でありつづけようとするインセンティブがPMの効果的選好強度顯示を困難にする。

これら原因分析の示唆するように、制約を受けるプライヴァシーに強固な利害関心を有する個人は政治過程において効果的

に選好強度を顯示できない。そのため、制約を受ける個人に大きな費用を課すことと引き換えに第三者にわずかな便益をもたらす国家規制は、大きな厚生損失を生じさせかねない。だからこそ、基本的権利およびプライヴァシー侵害の有無が争点となる事件において裁判所は、当該権利を制約する国家行為を厳格審査すべきなのである。^⑤ つまるところ筆者は、国家規制が社会的厚生を最大化に資するか否かが、当該規制に服する権利を（憲法典上の明文根拠の有無を問わず）基本的権利として法認すべきかどうかの分水嶺であると言わんとしているのだ。

こうして筆者は、選好強度顯示能力の優劣およびそれに起因する立法部の失敗の規模の大小を根拠として、裁判所はEMよりもPMを厚く保護すべきであると結論する。筆者は、社会的・経済的権利制約の司法審査とプライヴァシー制約のそれにおける「一種のダブル・スタンダード」の論拠を提示してみせたのである。^⑥

とはいえ、この結論には議論の余地がある。筆者自身は、EMによるレント・シーキングに起因する立法部の失敗は経済的権利制約を厳格審査に服せしめる論拠たりうるというつつも、レント・シーキングの産物である経済的権利制約の招く立法部の失敗がプライヴァシー制約の招くそれほど深刻ではないことを理由に、経済的権利制約を厳格審査すべきとの主張をしりぞける。EMの組織化はPMの組織化ほど困難ではないため、PMに不利益を課す国家行為のほうがより立法部の失敗を招く

危険性を秘めているというわけだ。しかしながら、経済的マジョリティとプライヴァシー・マジョリティ、両マジョリティの選好強度顯示能力が同程度であつてはじめて筆者はこの結論に達しうるはずだ。たしかに、PMはEMよりも選好強度を顯示することが困難だろう。が、より明確な形で便益をもたらす経済的利益はプライヴァシー利益よりも激しいレント・シーキングを引き起こすだろうし、広く薄く分配される経済的負担は経済的マジョリティの組織化をプライヴァシー・マジョリティよりもはるかに困難にするのではなからうか。経済的権利制約もプライヴァシー制約同様、深刻な立法部の失敗を招きかねないように思われる。あるいは筆者は、後の4で論じるように、誤った司法積極主義が厚生損失を生じさせることを警戒して、経済的権利制約の厳格審査に消極的なものかもしれない。とはいえず全ての経済的権利規制が社会的厚生を増大させるとは言いがたい。レント・シーキングに起因する立法部の失敗が生じやすい経済的権利規制の類型を特定できれば、その場面では司法消極主義のもたらす負の効果を警戒すべきだろう。かく解すれば、裁判所が経済的権利制約をもデュー・プロセス条項のもとで厳格に審査すべきと結論する余地もある。

3. 疑わしき分類の経済分析

ここまで筆者は、立法を通じてマジョリティがマイノリティに負担させる費用のみを、分析の焦点としてきた。本節では筆者は、立法にかかる取引費用、より具体的に言う利益集団によるレント・シーキングのもたらす費用を主たる分析対象としている。¹⁰ この費用は社会的厚生を減少させる、つまり個人の効用水準を低下させるため、合理的効用最大化を図る個人は利益集団によるレント・シーキングを阻止するルールを憲法典に書き込むはずだ、と筆者はいう。さらに筆者は平等保護条項をその例として考察をすすめる。まずは、平等保護法理とレント・シーキングの関連性についての筆者の議論をみてみよう。

多数決は、マイノリティから単に富を移転することによってマジョリティが利益を得ることを可能ならしめる。立法に取引費用がかからないと仮定すれば、富を移転するだけの純粋に再分配的な立法は純厚生を低下させはしない。かかる立法は、多数決に敗北した集団が被る損失と同じだけの便益を勝利した集団にもたらすからだ。この場合、無知のヴェイルに覆われた合理的最大化者は純粋に再分配的な立法を阻止する憲法を選択しようとしなからう。その理由を筆者はこう説く。確率的問題としては、そのような法律が合理的最大化者に損失を与える確率と便益をもたらす確率はイーブンであるため、かかる立法を許したところで、自らの期待平均効用が低下することにはなら

ない。したがって、立法に取引費用がかからないとの仮定のもとでは、合理的最大化者は純粹に再分配的な立法を阻止しようとは考えないのである。

だがこの仮定が成り立たないからこそ、合理的最大化者は純粹に再分配的な立法を阻止する憲法を選択しようとする、と筆者はいう。利益集団によるレント・シーキングのもたらす費用が社会的厚生を減少させることを、憲法は防ぐのである。

利益集団は政治過程において、他者から富を奪うことで利益を得る機会を得ようと激しく競争する。レント・シーキングである。集団Aから集団Bへと100万ドルを移転する法律案が提案されるとしよう。集団A構成員は、当該法律を制定させないために100万ドルを消費することをいとわないうし、同時に、集団B構成員は、当該法律が確実に制定されるようにするために100万ドルを消費するだろう。レント・シーキング立法の獲得または阻止のために利益集団は莫大な資源を消費するのである。富の移転過程で利益集団AにもBにも分配されることなく消失するこれら資源の機会費用は、社会的死重損失である。つまり、政治市場におけるレント・シーキングへの資源投入は、経済市場における利潤追求活動への資源投入と異なり、社会的厚生の増大に寄与することがないのである。そのため、純粹に再分配的な立法を阻止する社会は奔放なレント・シーキングを許す社会より高い水準の社会的厚生を享受できる。こう考えるために、合理的最大化者は純粹に再分配的な立法を

阻止しようとするのである。

かかるレント・シーキング抑制機能が憲法に備わっていることを例証する素材に筆者が選んだのが、平等保護条項である。⁽¹¹⁾

平等保護条項の解釈実践のなかで裁判所は、疑わしき分類を用いた法律は厳格審査されるべしとの法理を確立している。筆者によれば、裁判所はこの法理を援用して、疑わしき分類を用いた立法を求めるレント・シーキングに起因する社会的死重損失発生を抑制するのだ、という。⁽¹²⁾ 筆者は、疑わしき分類に関するSCTの知見を、アフアーマティヴ・アクションの合憲性の問われた *Roberts* 判決における数名の裁判官の意見を媒介として、平等保護法理に導入する。筆者の議論の概要をみてみよう。

Bakke 判決における数名の裁判官の意見は、二つの判断要素を用いて、白人を不利に取り扱う分類が疑わしき分類か否かという争点にアプロウチしている。

疑わしき分類への第一のアプロウチは、ある分類の基礎となっている特徴の可変性／不変性という二分法から接近するそれである。不変の特性に基づいた分類は、(i) 厚生増大機能を果たす可能性がさほどないばかりか、(ii) 自らは危険を冒さずして他者を食いものにする機会をもたらす可能性も高い。(i) 法の目的は効率的行動をとるインセンティブを生み出すことによつて社会的厚生を促進することにある。かかる経済学的見地からすれば、個人にはどうすることもできない要素に基礎を有する法的ルールはいかなるものであれ、その正当性に疑義が生ず

る。個人にはいかんともしがたい不変の特性を根拠とした分類の正当性は疑わしいのだ。⁽¹³⁾ (ii) 不変の特性は定義上不変であるがゆえに、レント・シーキングにうってつけなのだ。不変の属性を備える集団を対象としてレント・シーキングを行う集団は、自分たちが食いものにされる集団へと転落するリスクを減少させられるからである。

かくて、筆者はこう結論づける。人種または性別のような不変の特性に基づいた分類は年齢、健康または富のような可変的屬性に基づいた分類よりも厳格な司法審査を受けるべきである、と。

疑わしき分類への第二のアプローチは、ある分類が切り離され孤立したマイノリティ (discrete and insular minorities) を不利に取り扱っているか否かという観点から接近するそれである。このアプローチは、Carlene Products 判決法廷意見の脚注 4 (以下「脚注 4」と略記⁽¹⁴⁾) の文言に依拠している。Stone 裁判官が脚注 4 において論じたように、平等保護法理は切り離され孤立したマイノリティを厚く保護すべきなのである。

差別的分類を用いたレント・シーキングを行う個人は、自分たちが食いものにされる集団へと転落するリスクと、再分配的な法律が家族または親しい者に損失を与えるリスクを最小化しようとする。切り離され孤立したマイノリティ集団の構成員は格好のレント・シーキング・ターゲットとなりやすい。他の集団の構成員と交わらない傾向を有する当該マイノリティをター

ゲットとすれば、レント・シーカーはこれらのリスクを軽減できるからだ。対照的に、性別または嫡出／非嫡出性という属性をもつマイノリティ集団はレント・シーキング・ターゲットに適さない。もつとも、組織化されざるマジョリティ集団より容易にフリー・ライダーを排除できるマイノリティ集団は、そもそもマジョリティほどレント・シーキング・ターゲットとならないように思われる。だが、このような議論は慎重に受けとめられるべきである。統計上のマイノリティといえど実際には、当該マイノリティに属する個人の数は非常に多い。数百万人からなる「マイノリティ集団」に属する個人はきわめて大きなフリー・ライダー・インセンティブに直面するのである。つまるところ、争点とさるべきは、いずれの集団が選好強度をより効果的に表明できるか、だ。統計上のマイノリティの利害関心を代表する組織がごくわずかな利害関係者からしか有意な支援を得られないなら、統計上のマジョリティは統計上のマイノリティを食いものにできるのである。

脚注 4 は、切り離され孤立したマイノリティのごとき集団を、司法部によつてより厚く保護されなければならない集団として定式化した。筆者はこの定式を、選好強度顕示の困難さと司法部による保護必要性の高さとを関連づけるものとして再構成し、次のように結論する。女性のような統計上のマジョリティは、レント・シーキング立法のターゲットたりうる。とはいえ、女性は、代表民主制のもとでの選好強度顕示能力において黒人

または外国人のような統計上のマイノリティに勝るため、当該マイノリティほどレント・シーキング・ターゲットとされないだろう。したがって、性別に基づく分類は疑わしき分類ではなく、準疑わしき分類と理解されるべきである。筆者はまた、*Baker* 判決において数名の裁判官の示した次の見解を擁護する。争点となった特別入学許可制度は白人を不利に取り扱うため、厳格審査基準ではなく、性別に基づく分類に適用される、より緩やかな司法審査基準が妥当する。

ここまででみた二つのアプロウチはともに、疑わしき分類を、ある集団から他の集団へと富を移転する目的のためだけに用いられる可能性の最も高い分類と理解している。筆者によれば、これら二つのアプロウチは、疑わしき分類を用いた法律を厳格審査することで、富を移転する可能性の高い当該立法を求めるレント・シーキングによる社会的死重損失発生を抑制せんとする試みであるという。

平等保護法理をかく解する筆者は、ある法律の用いる分類が富を移転する可能性の高い疑わしきそれか否かを、以下の二つの要素を用いて識別しようとする。第一の要素は、当該分類が厚生増大機能を果たしていないこと、である（不変の特性を用いた分類は概して厚生増大機能を果たす可能性が低い）。第二の要素は、選好強度の顕示困難な集団をターゲットとするレント・シーキングを当該分類が可能ならしめていること、である（不変の特性をもつ集団や、切り離され孤立したマイノリテ

イを対象とする分類はこの可能性が高い）。両要素どちらにも該当すると判断される分類は、疑わしきそれである可能性がきわめて高いのである。

筆者はまた、レント・シーキングに起因する立法部の失敗を抑制する概念装置としての疑わしき分類は可変的概念たるべきだ、という。筆者によれば、*Baker* 判決それ自体が疑わしき分類概念の可変性を例証している。白人を不利に取り扱う分類はアフリカ系アメリカ人を不利に取り扱う分類同様、厳格審査に服すべき、と *Powell* 裁判官は結論した。旧来一枚岩のマジョリティを形成していた白人とて他のマイノリティの結託によるレント・シーキングの対象となりうると考えたからこそ *Powell* 裁判官はかかる結論に達した、と筆者は理解するのである。疑わしき分類が可変的概念なればこそ、裁判所は平等保護法理を通じて、遺伝子の型 (*gene-typing*) のことき新たな不変の特性をもつ、切り離され孤立した新たなマイノリティがレント・シーキング・ターゲットとなることを阻止できるのである。

4. 社会的選択理論と司法審査

筆者は、「裁判所Ⅱ超立法部」構想が従来不信の対象となってきたことを重々承知のうえで、立法部の失敗を是正する超立法部としての役割を裁判所に期待している。筆者の分析による

と、この不信の理由は二つある。第一に、個人間効用比較が困難なら、裁判官は、ある法律が社会的厚生を増減に与える影響を評価できないこと。第二に、裁判官とて、社会的厚生ではなく自己の効用最大化のために司法審査権を行使するかもしれないということ。

筆者は第二の理由こそ深刻とみている。この理由は、司法審査を通じた社会的厚生最大化という筆者の構想を頓挫させかねないからである。合理的最大化者と化したとき、裁判官は社会的厚生を増大させるのではなくむしろ減少させる行為者となつて、立法部同様、司法部もまた失敗しかねない。司法部は立法部の失敗を是正することによって社会的厚生を増大させることを期待されているが、そう実現されるには、裁判官が自己の効用ではなく社会的厚生を増大させる判断を下すよう保証する制度上の制約が設けられており、かつ、裁判官がそうするインセンティブをもつことが条件となる。

では、裁判官が社会的厚生最大化に資するやり方で司法審査に従事するよう条件づけるには、どうすべきか。この難問は、自己の効用最大化を図ろうとする個人をして社会的厚生最大化に資する憲法を選択させるという難問と似ている。筆者は、ある種の無知のヴェイルを用いることでこの難問をクリアできないか、検証している。既に見たとおり、無知のヴェイルに覆われた個人は社会的厚生を最大化しようとするインセンティブをもつ。司法審査を行う裁判官を無知のヴェイルに最大限近似す

る状況下におけば、司法審査は社会的厚生を最大化させるものとなる。つまりは、自分の下した判断が自己の効用の増減に影響を与えない環境下で裁判官に司法審査をさせられればよいのだ。このための制度化が、①終身任期保障および任期中の歳費減額禁止、②裁判官倫理に関する諸準則 (rules of judicial ethics)、③司法判断適合性法理などである。しかしながら、これらの制度では文字通りの無知のヴェイルを裁判官にかぶせられない。自己認識 (self-knowledge) 可能な裁判官は、社会的厚生ではなく自己の効用または自己の属する集団の利益を最大化させる判断をしかねないのだ。

次に筆者は、社会的厚生最大化に資するやり方で司法審査を行おうとするインセンティブを裁判官がもつか否か、検証している。裁判官はこのインセンティブをもつという。自らが確立した法は自分たちの生活にも影響を及ぼすためである。とはいえ、社会的厚生最大化に資するやり方で特定の法的争点に判断を下したところで、そのことが裁判官の個人的厚生に与える影響は微細であるため、このインセンティブは希釈される。こうなると、司法部の失敗が生じかねない。ここで、このリスクを低下させる装置が上訴審裁判所による司法審査であると、筆者はいう。ある裁判例が先例として認められるには上訴プロセスの各段階で審査にあたる多くの裁判官の支持を得なければならぬため、審級制は社会的厚生を劇的に減少させる判断を抑制するのである。

結局のところ、文字通りの無知のヴェイルを裁判官にかぶせることは不可能のようだ。こう考える筆者は、裁判官の自己認識が可能なかぎり司法部の失敗発生率をゼロにはできないと結論している。¹⁵司法部の失敗が不可避なら、そのリスクを低下させる方策を模索するしかない。その方策として筆者は、多様な背景から裁判官を任命することを推奨する。特定の人種、性別などの属性をもつ裁判官が支配的影響力をもつ司法部は、社会的厚生を減じてでも当該属性をもつ集団の厚生を促進しかねない。筆者は、多様な属性をもつ裁判官により構成される司法部がこの可能性を低下させてくれるものと予測している。

筆者の打ち出すこの方策が司法部の失敗を減少させる決定的方策たりうるか、評価の別れるところだろう。司法部の失敗を重くみるならば、民主制に比して正当性にもととせられる司法審査の作動領域は、原意主義理論や代表補強理論の描くそれと径庭ないものとなろう。いずれの評価を受けるにせよ、必ずしも常に立法部が社会的選択の最適部門たりうるとはかぎらないとする筆者の基本的視座はきわめて重要である。立法部と司法部双方の失敗を知った我々は、立法部の行為にラバースタンプを押す司法部でも超立法部として活動する司法部でもない、理念的司法部を選択しなければならぬ。この選択についてのアドヴァイスを筆者は二つばかり残してくれている。

第一。しばしば司法積極主義は、司法部による立法権篡奪をゆるし、司法部によるある種の専制をもたらす、と批判される

が、この懸念はあたらぬと筆者はいう。自己の効用最大化をはかる合理的裁判官は、司法部の失敗のもたらす厚生損失が自分の身にふりかかっていることを回避しようとする。立法部の失敗が生じたとき明確に確信できないかぎり、合理的裁判官は自己抑制するのである。

第二。司法部の失敗には二種類ある。社会的厚生を減少させる法律を合憲とする、誤った司法消極主義 (false negative) と、社会的厚生を増大させる法律を違憲とする、誤った司法積極主義 (false positive) である。¹⁷我々は、これら二種類の司法部の失敗がもたらす厚生損失を比較衡量しつつ、最適な司法部を選択しなければならぬのである。筆者のいうとおり Griswold 判決と Lochner 判決が共存する司法積極主義の世界と、両方とも存在しない司法消極主義の世界、後者が前者より望ましいと解すべき理由はない。

(1) 憲法典に先行するルールという語は、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001）162頁に拠った。

(2) 川本隆史『現代倫理学の冒険』（創文社、1995）119—120頁参照。

(3) ある経済主体の活動から副産物として生じた便益または費用が、当該便益の享受または当該費用の負担に同意しているわけではない別の経済主体にもたらされることがある。この便益は正の外部性、費用は負の外部性と呼ばれる。足立幸男『公共政

- 策学入門』(有斐閣、1994) 137頁。
- (4) 誰の状態も悪化させずに誰かの状態を良化させられるような状況変化をパレート改善という。非生産的活動となりがちな自己保存活動ではなく生産的活動に資源投入するという選択をなすことは、パレート改善の選択である。J. ブキャナン『自由の限界』(秀潤社、1977) 92頁参照。
- (5) ログ・ローリングの詳細については、柴田弘文、柴田愛子『公共経済学』(東洋経済新報社、1988) 269頁参照。
- (6) ここで筆者は、政治活動に費やした資源から得る効用量はどの個人も等しいと想定している。ある財に $X + \alpha$ ドルを支払うことに同意する者が、当該財に X ドル支払うことに同意する者よりも大きな効用を当該財から得るかどうかは、不確定だ。ある財に対し個人の支払う金銭額をもとに測定される社会的富を最大化することと社会的厚生を最大化とは、別物かもしれないのである。この難点のさしあたっての解消法は、諸個人は自分たちの投票またはドルに同じ価値を付与する、と想定することである。
- (7) レント・シーキングとは、「政治によって、そして政治を通してのみ獲得することができるような、私的・特殊の利益を手しようとする諸個人や圧力団体の行動」である。前掲注3『公共政策学入門』229頁。要するに、他者を犠牲にしてレント・シーカー自身が便益を得る結果として社会的厚生損失を生じさせることとなる活動が、レント・シーキングである。レント・シーキングについては次節でも言及する。
- (8) *Cruzan v. Director, Mo. Dep. t. of Health*, 110 S. Ct. 2841 (1990)
- Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977) を筆者は例示している。
- (9) 大石和彦「憲法裁判における原理と政治(一)」『法学』52頁(1997)参照。
- (10) 取引費用とは市場を利用する費用をいう。立法の売買を行うには、取引の相手方を探し、当該相手方との交渉に時間を費やさなければならぬばかりか、相手方との取引を実行するため生ずる費用をも負担しなければならない。平井宜雄『法政策学 第二版』(有斐閣、1995) 76頁。
- (11) 二院制および権力分立構造もまたアンチ・レント・シーキング・システムである。二院制および権力分立構造は利益集団の負担する取引費用を増大させることでレント・シーキングを妨げる。
- (12) *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) は裁判所が平等保護条項を用いてレント・シーキングを阻止した裁判例であると筆者は分析する。
- (13) もっとも、不変の特性に基づいた分類が正当な経済的機能を果たす場合もある。不変の特性に基づいた分類が国家の促進または阻止しようとするある特定の行動と密接な関連性を有しており、かつ、当該分類に基づいて個人を分類し観察する方が諸個人の行動を直接観察するよりも簡単である場合である。筆者はこの架空例として、性別を分類の基礎とする運転免許制度を挙げている。
- (14) *United States v. Carolene Prod. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938)
- (15) 筆者は(1)の例として *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)

を挙げている。自分たちがゲイでないことを認識しているからこそ、連邦最高裁判所裁判官は、ゲイの選好を軽視して、社会的厚生を減少させる Georgia 州法を合憲とできたという。

(16) 筆者は *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) を例示している。

(17) 筆者は *Lochner v. N. Y.*, 198 U. S. 45 (1905) のような経済的実体的デュー・プロセス理論に基づいて下された裁判例を例示している。 *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) もこの例たりうるだろう。