

【自著紹介】

私益・集合的決定・憲法

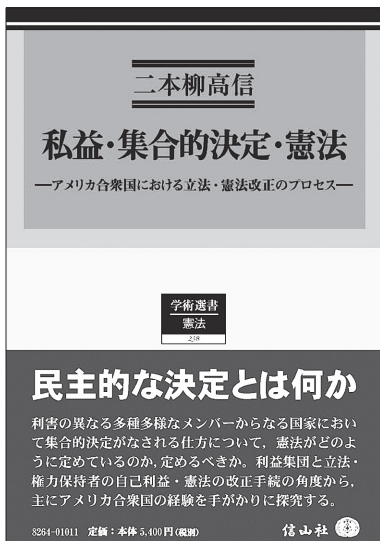
——アメリカ合衆国における立法・憲法改正のプロセス——

(A5変・235頁 信山社, 2023年)

二本柳高信 (専修大学法学部教授)

はじめに

今回、本誌で本書を紹介する機会をいただいた拙著、『私益・集合的決定・憲法——アメリカ合衆国における立法・憲法改正のプロセス——』（以下、「本書」と呼ぶ）は、憲法を研究してきた筆者がこれまでに公表してきた論文を再構成し、書き下ろしも加えてまとめたものである。本書がどういう内容の本かについては、筆者としては是非一読していただきたいところであるが（「序」だけでも大まかな内容は掴めると考えている）、憲法学の教科書にはあまり（あるいはそもそも）登場しない単語が並ぶ本書のタイトル¹⁾が象徴的に示しているように、本書の論じ方は、読者に違和感を覚えさ



せるものであるかもしれない。そこで、本稿で、本書の成立に至る筆者の研究史を説明することで、本書が憲法学の重要な問題を扱っている（と筆者は考えている）ことが、理解してもらえればと思う。

1) 「私益」はともかく、「集合的決定」という語は特に耳慣れないものかもしれないが、オルソン (M. Olson) の「集合行為論」など、“collective”の訳語として「集合」が用いられてきていることを意識した。また、社会的選択論が明らかにしてきた「集合的決定に執拗につきまとう諸問題」(宇佐美誠『公共的決定としての法——法実践の解釈の試み』(木鐸社, 1994年)第5章)は、後述のように、筆者の研究のスタートから現在に至るまで、つきまとい続けている。

一 問題意識

そもそも、筆者が憲法学の研究を志したきっかけは、確か、最初に大学して1年目のことだったが、意見や利害の異なる複数の構成員からなる「社会」においていかなる「決定方式」が望ましいかという問題の存在を認識したことである。ただし、この問題を知ったのは、憲法学を通じてではなく、社会的選択論を通じてであった。初めて目にしたのは、鈴木興太郎『経済計画理論』（筑摩書房、1982年）だったのではないかと記憶している²⁾。同書は、そのタイトルからは社会主義経済についての本のように思われるかもしれないが、そうではなく、「自律的で理性的な個人が、相互の利益のための社会的協力を編成するにあたり、社会的活動の効率性と成果分配の公正性を保証するための『協力編成の構成原理』」を探究するものである（同書「まえがき」）。

もっとも、同書の記述はきわめて難解であり、正直、形式的な論証を逐一追って読了することはできなかった。ただ、そのなかで、1920-40年代のいわゆる計画経済論争（「社会主義計算論争」とも呼ばれる）を素材に問題の所在を摘示した第1章は、筆者がそれを読んだのがまさに社会主義諸国の崩壊直後であったこともあってか、強い印象を受けた。特に、本書でも引用した以下の一節は、社会の問題について筆者が考える際のベースの一つとなっている。

設計されたシステムが個人の私的動機と斉合的であるか否かという問題——「個人的誘因との両立可能性」の問題——は、システムが適切にデザインされているか否かを判定する際のひとつの重要な基準である。（14頁）

その後、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、1980年）を読んで、投票のパラドクスや様々な決定方式の特徴、K. J. Arrowの証明した一般不可能性定理などについて多少なりとも知識を得た³⁾。

さて、この問題はいろいろな学問分野で研究されてきている。そこで、同じ大学におられた数理社会学の教員のところに話を聞きに行ったりもしたが、なぜ、最終的に

2) 入学1年目（2年目だったかもしれない）に、当時所属していた読書会サークルの先輩に教えてもらった。このような知識だけでなく、テキストの読み方や議論の仕方など、読書会サークルで学んだことは筆者にとって非常に大きなものであった。当時お世話になったサークルのメンバーに、この場を借りて厚くお礼申し上げます。

3) 筆者の当時の読書体験を紹介したものとして、拙稿『『民主的な決定』とは何か』法セミ767号（2019年）扉。

は憲法学でそれを研究することを筆者が決めたのかといえ、いかなる決定方式が「望ましいか」というのは規範的な問題であるが、法律学は規範的な問題を正面から取り扱う学問であり、そして、憲法とは決定方式を定めるものであるという認識があったからだった。

というわけで、今は無き東京都立大学法学部に(学士)入学し、同大学院社会科学研究所に進学して、憲法学の研究をスタートさせたが、修士論文のテーマをなかなか決められずに大変苦勞した。それまで他分野を専攻しており、また、問題意識を抱いたきっかけが経済学的な思考にあったうえに、法学部で2年間しか勉強していなかったために、(憲)法学のディシプリンが身につけていなかったことが大きな原因だったのかもしれない。

転機となったのは、指導教授の石川健治先生に、Daniel A. P. Farber & Philip P. Frickey, *Law & Public Choice: A Critical Introduction*の存在を教えてもらったことである。「選好 (preference)」や「レント・シーキング」といった経済学的な概念を用いた(法の)分析は、筆者にはきわめて自然なものに感じられた。そして、同書で紹介されていた、アメリカ合衆国での1980年代以降の利益集団立法への批判の高まりのなかで利益集団立法抑制のために司法がとりうるものとして提案されてきた戦術⁴⁾のうちの連邦反トラスト法を用いるというアイデアに着目し、それをめぐって1980年代後半になされた論争を研究して、修士論文をなんとか仕上げることができた。それが本書第1部の骨格をなしている。

二 構成

修士論文の結論は、利益集団政治について、議員等への利益集団の働きかけや、それによってつくられた特殊利益立法の実体的内容を問題にする——司法による統制を期待する——ことは困難であり、それよりも立法のプロセスに着目することが見込みがあるだろうというものであったが、その後の研究の方向性はなかなか定まらなかった。その理由としては、まず、アメリカ憲法学では司法への関心が圧倒的であるところ、立法過程に関する判例の蓄積が乏しく、したがってアメリカ憲法学での議論も乏しかったことが挙げられるだろう。修士論文が最終的に依拠した「法形成のデュー・プロセス (due process of lawmaking)」論も、アメリカ合衆国でのその後の進展ははか

4) ほかに、司法審査と制定法解釈とがある。参照、拙稿「利益集団と立法(一)―反トラスト州行為法理をめぐる論争を手がかりに―」都法41巻1号(2000年)293頁以下、296-299頁。

ばかしいものではなかったように思われる⁵⁾。

本書で形となった研究成果への突破口となったのは、専修大学に奉職してから、「権力保持者の自己利益」の意義を再認識させられたことである。「再」というのは、修士論文で扱った論争の中でも「権力保持者の自己利益」の決定的な重要性が指摘されていたからである。すなわち、州や地方自治体による（とも評価できる）競争制限が連邦反トラスト法に違反する違法なものでないかどうかを判断する際に、連邦最高裁は、当該制限がそれに金銭的利益を有しない者（公務員）によってコントロールされ実質的な決定がなされているかどうかをみている——されていれば、当該制限は連邦反トラスト法の適用を免れる——という理解が強力に主張されていたのである。筆者もその判例理解に強い説得力を覚えたが、反トラスト法の文脈を超えて「権力保持者の自己利益」を問題化することができずにいた。そのようななかで、アメリカ合衆国のある憲法学者の論文⁶⁾に（公表後かなり時間がたってからであったが）接した。それは、18世紀末のアメリカ合衆国憲法の制定者——統治システムの設計者——が、権力保持者が公益を犠牲にして自らの利益のために権限を行使する危険性を強く意識しており、それに対処する仕組みをアメリカ合衆国憲法のそこかしこに埋め込んだことを指摘するものであった。なお、この危険性は、まさに、「設計されたシステムが個人の私的動機と斉合的であるか否かという問題」の現れのひとつであるといえるだろう。

さて、近代立憲主義の出発点のひとつであるアメリカ合衆国憲法誕生時に「権力保持者の自己利益」（の危険性）がそれほど重視されていたというのであれば、それ（への対処）は憲法学にとって第一級の問題であるといえるのではないだろうか。そのことを意識してからは、考えてきた諸々のテーマが一直線につながった⁷⁾。議員にとって最大の利益（のひとつ）が再選であるとすれば、再選を不可能にする多選制限こそは多

5) 「法形成のデュー・プロセス」論を提唱するFarberとFrickeyが重視したHampton v. Mow Sun Wong判決(426 U.S. 88 (1978))が、「ほとんど影響力をもたないと思われる」(E. ゲルホーン・R. M. レヴィン(大浜啓吉・常岡孝好訳)『現代アメリカ行政法』(木鐸社、1996年)27頁)と評されていることは象徴的であるように思われる。

6) Adrian Vermeule, Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law, 111 Yale L. J. 399 (2001).

7) 本書第2部のもととなった研究は、時系列的には、多選制限をめぐる連邦最高裁判決に注目してそれを検討した(拙稿「アメリカ合衆国憲法と訓令—Cook v. Gralike判決を契機として—」専法134号(2018年)115頁以下)のも、議員の自己利益に反して成立したようにみえる合衆国憲法第17修正を論じた(拙稿「合衆国憲法第17修正の成立」専大ロー12号(2016年)209頁以下)のも、権力保持者の自己利益を扱った論文(拙稿「権力保持者の自己利益と憲法」専法138号(2020年)199頁以下)を発表する前であった。

数の有権者の選好に反してでも議員がその実現に最大限に抵抗を示すものであろう。実際、1990年代のアメリカ合衆国で目撃されたのは、各種の世論調査で一貫して高い支持を集めていることが示されていた連邦議会議員の多選制限が実現しないという事態であった。かかる制限を設けること自体は直接民主主義的な制度を有するかなりの数の州で行われたものの、しかし、連邦議会議員の多選制限を州は（そして連邦議会も）行えないとする連邦最高裁の合衆国憲法解釈によって挫折させられた。そうであれば、連邦議会議員の多選制限を可能にするおそらくは唯一のルートは、合衆国憲法の修正であろう。だが、合衆国憲法修正の発議権を事実上独占している連邦議会議員は——議員の自己利益の観点からはきわめて合理的なことだが——多選制限を可能にする合衆国憲法修正を決して発議しようとはしなかった（ようにみえる）のである。

もっとも、連邦議会上院議員の選出方法を変更した合衆国憲法第17修正は、連邦議会上院議員の再選の確率を論理必然的に低下させるとはいえないにしても、再選の見通しを不透明にするとはいえるだろう。にもかかわらず、それが当の連邦議会上院議員の特別多数の賛成を得て発議されたという事実は、議員にとって自らの再選が最大の利益（のひとつ）でありそれを損なう政策の実現に最大限の抵抗を示すであろうという主張の説得力を低下させるもののようにみえる。しかしながら、第17修正の成立に至る経緯をよくみると、実は、それ以前に多くの州で連邦議会上院議員の事実上の直接選挙が導入されていたのであり、そうであれば、それによって選出されていた議員たちがそれを固定化する憲法修正の発議に賛成することは、むしろ、当然のことであったといえる。このことは、第17修正によって連邦議会上院議員を選出するという権限を失うことになる州議会が、しかもその圧倒的多数が、なぜ第17修正に賛成したのか、その理由も説明する。つまり、多くの州議会は当時すでにその権限を事実上失っていたからである⁸⁾。

こうして、憲法改正権、とりわけその発議権という本書第3部のテーマが筆者の眼前に浮かび上がってきた。そして、決定権者の自己利益という観点から、憲法改正の手続きを形式的に検討して、これまであまり重視されてこなかったポイントを指摘し、

8) ただし、そもそも最初に、州議会が自らの権力を弱めるような直接民主主義的な諸制度の創設を認めたのはなぜか、という疑問は残る。トップランナーであったオレゴン州における経緯は、さしあたり、拙稿「直接民主主義と共和政体——The Story of Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon, 223 U.S. 118 (1912)」大沢秀介・大林敬吾編『アメリカ憲法と民主政』（成文堂、2021年）523頁以下、525–527頁を参照されたい。

あるいは、これまでも意識されてきた論点に違う角度から光を当てることができたのではないかと考える。

もちろん、憲法改正案のすべてを発議権者の純粋な自己利益に基づくものとするとは適切ではないだろう。しかしながら、アメリカ合衆国憲法の歴史は、少なくとも、発議しないという点では発議権者の自己利益は決して無視できない影響を及ぼしてきていることを示しているように思われる。そしてまた、(手続きの時系列的には)最終的な決定権者が別にいるとしても、いかなる案が発議されるのかが最終的に何が決定されるのかに極めて重大な影響を及ぼしうること、つまり、発議権者が実質的な決定権をもちうることを、社会的選択論の知見は教えている。

三 意 義

本書は、日本の憲法学においてこれまであまり論じられてきたテーマを扱っており、それだけに、学界に一石を投じるものとなっていることを、筆者としては希望している。もちろん、そのような評価は、論じるに足りるテーマを扱っていることが前提であるが、現実の政治プロセスにおいて影響力をもっている利益集団、決定権者の自己利益、そして、憲法改正の手続きは、いずれも——「実質的意味の憲法とは、誰が、いかなる手続で、いかなる内容の権限を国の名において行使しうるか定めるルール」⁹⁾なのだから——「実質的意味の憲法」の探究において重要なテーマだといえるのではないだろうか(本書がそれらのテーマを適切に論じているかという問題は別として)。

この点で特に強調したいのは、憲法学における民主主義論との関係である。民主主義が日本の憲法学にとって第一級のテーマでありつづけていることには異論がないであろう。しかしながら、日本の憲法学における民主主義論は、決定ルールの重要性に対する感覚が鈍かったのではないかと筆者は考えている。この鈍さの理由のひとつとして、「単一」の民意の存在を前提とする思考が強かったこと¹⁰⁾が挙げられるかもしれない。民意が「一つ」であるならば、それを実現することこそが民主的な決定であり、いかなる決定ルールかという問題意識が生じなくても当然のように思われる。しかしながら、人々の意見・利害——さしあたり「選好」と言い換えてもよいだろう——が多様であることは疑いようのない事実であるのではないだろうか。そうであれば、人々

9) 長谷部恭男『憲法』(新世社、第8版、2022年)4頁。

10) 参照、石川健治「憲法学における一者と多者」公法65号(2003年)127頁以下、133頁。

の多様な選好から単一の決定を導出する「決定ルール」を選ぶことが必要となり、そしてどのようなものが採用されるかが決定の結果に重大な影響を及ぼしうることを、社会的選択論の知見は教えている¹¹⁾。

あるいは、決定ルールは憲法典ですでに定められているから、決定ルールの重要性をとりたてて意識する必要が感じられなかったのかもしれない。この観点からは、本書の議論はいかにも（憲）法学外在的なものであって、憲法学にどれほど貢献しているのか疑問視されるかもしれない。しかしながら、日本の憲法学はこれまでも、何らかの民主主義観を前提にしてそこから憲法を解釈してきたのではないだろうか。たとえば、選挙制度の評価であるとか¹²⁾、衆議院の解散が憲法69条所定の場合に限られるのかといった問題である。さらに、憲法改正まで範囲を広げれば、憲法改正国民投票の廃止の可否も憲法学は議論してきた。そして、いかなる民主主義観を採用しようとも、民主主義の定義に「決定」を下す方法というものが含まれると考えるならば、いかなる決定ルールを用いるかということがまさに決定的な重要性をもちうることは、いくら強調しても強調しすぎることはないのではないだろうか。本書はこの「決定的な重要性」をとにもかくにも示すことができたのではないかと考えている。

おわりに

最初の論文の公表から約四半世紀を経てようやく自分の研究を1冊の本にまとめることができたが、本書の「はじめに」でも書いたとおり、本書でもって、「いかなる決定方式が望ましいか」という自分の問題関心に一定の答えを見いだすことができたと考えている。

とはいえそれは「～ではない」というネガティブな形のものであって、ポジティブなものではない。かつて理系の学生だった頃に、『～でない』というのは、学界にお

11) この点、近時の教科書には、「国民の多様な政策構想を最終的に一つの政策体系へと統合し、絞り込んでゆく」ことの強調がみられる（高橋和之『立憲主義と民主主義』（有斐閣、第5版、2020年）361頁）。

12) たとえば、小選挙区制に対して、死票が多いから反民主的だという評価がある一方で、過半数の有権者が落とした候補者を確実に落選させることができるので憲法15条1項の趣旨に合致するという評価がある（松井茂記『日本国憲法』（有斐閣、第4版、2022年）143頁）。全く正反対の評価がなされている理由は、「何が民主的か」という理解の相違に求めることができると思われるが、同時に、この対立は、単に投票で決めさえすればそれは民主的な決定だといえるわけではないこと、いかなる決定ルールが採用されるかが決定的に重要であることを示している。

けるよほどの固定観念を覆すようなものでなければ、研究成果として認められない」と教わった記憶がある。その伝でいうと、筆者の得た「答え」は研究成果とは認められないということになってしまうが、自然科学とは異なり、現実社会の問題の解決をその使命とする法律学においては、ネガティブ・リストの明確化もそれとして意義が認められるのではないかとも考える。

ともあれ、「いかなる決定方式が望ましいか」という問いに積極的な形で答えることが、筆者の今後の研究課題の一つである。