



憲法上の権利が設けられるための条件

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2020-09-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 伊藤, 泰 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.32150/00006948

憲法上の権利が設けられるための条件

伊 藤 泰

北海道教育大学函館校法哲学研究室

Conditions for Constitutional Rights to be Made

ITO Yasushi

Department of Legal Philosophy, Hakodate Campus, Hokkaido University of Education

概 要

デニス・ミュラーは憲法上の権利が設けられるための条件を提示したが、その条件は極端なものであり、それに基づけば一部の限定的な場合しか憲法上の権利は作られず、少数者を保護するものとしての権利も導出され得ないことになる。この問題は、彼が憲法上の権利創設の条件を考えるにあたり全員一致ルールの最適性を前提したこと、そして権利創設による効果として意思決定費用の削減だけを考えたことに起因する。実際には、憲法上の権利の創設は意思決定費用だけでなく外部費用にも影響を及ぼし、また既存の法の統制に伴う便益のような相互依存費用にかかわらない便益をも生む。その結果、それらの便益の効果により、立憲段階の人々は全員一致ルールよりも少数決寄りの投票ルールが最適である場合にも憲法上の権利を作るインセンティブを有すると考えられ、これにより少数者を保護する権利等も作られ得ることになる。

1. はじめに

憲法上の権利が設けられるための条件とはいかなるものだろうか。経済学の分野でこのことを最も詳細に検討したのは、デニス・ミュラー (Dennis C. Mueller) である。ミュラーは、ジェームズ・ブキャナン (James M. Buchanan) とゴードン・タロック (Gordon Tullock) の投票ルール論の応用により憲法上の権利を説明した。それによると、規制法案の可決による便益に比べて損失が非常に大きなものであることが予想される時、当該法案の審議にかかる投票ルールとして全員一致ルールが選ばれるが、その場合憲法上の権利を設けたほうが立憲段階の人々にとっての費用は少なく済むことから、それらの権利が設けられるのだという。

ミュラーのこの説明は、「中立性」という概念によって合衆国憲法第1修正の信教の自由および政教分離を説明するMcConnell-Posner (1989) や、「生の剥き出しの選好」の禁止という観点から平等保護条項、デュー・プロセス条項等の説明を行うSunstein (1984) のような、憲法上の権利を経済学的に説明した諸理論と比べても、その理論の内容や射程の広さの点で非常に興味深いものであると言えよう。もっとも、ミュ

ラーによって提示された憲法上の権利が設けられる条件は、多少とも極端なものであることは否めない。というも、その理論に従えば、全員一致ルールが最適であるような問題、言い換えれば大部分の者にとって法案の可決に伴う損失が非常に大きな問題についてしか、憲法上の権利は設けられない。多くの者が法案可決により損失を被るもののその損失の大きさはそれほどではないような問題、あるいは法案可決により少数の者だけが極端に大きな損失を被るような問題については、憲法上の権利は設けられないことになってしまう。特に後者の問題については、国家権力から市民、とりわけ少数者を保護するものという、憲法上の権利に関するリベラルな理念からの逸脱が問われよう。

そうだとすれば、憲法上の権利が設けられるための条件についてのより適切な説明とはどのようなものだろうか。本稿ではこのことを、立憲段階の人々にとっての費用・便益の観点から検討してみようと思う。

2. 憲法上の権利の創設に関するミュラーの理論

議論を行うにあたり、はじめに憲法上の権利創設の条件に関するミュラーの理論の詳細を確認しておこう。彼は憲法上の権利を、「他の人々あるいは制度からの介入または強制を受けることなしに、特定の行為を行い、あるいはそのような行為を行うのを差し控えることができる、ある個人の無制限の自由」(Mueller (1991) 318; Mueller (1996) 212) と定義したうえで、このようなものとしての権利が憲法に規定されるためには、以下の4つの条件が満たされる必要があると論じる (Cf. Mueller (1991) 318-24; Mueller (1996) 212-17; Mueller (2003) 631-34)。

(1) 負の外部性

ある者Aの行為が負の外部性を生むのでなければ、他の者Bはこの行為をやめさせようとする動機づけを持たず、それゆえBらの介入からAの行為を保護するものとしての権利は必要ない。

(2) 意思決定費用

意思決定費用がゼロなら憲法上の権利は必要ない。なぜならその場合、相互依存費用が最小の投票ルールは全員一致ルールになるが、このときAは自らの行為の自由を守るために権利に訴える必要はなく、単に継続的に開かれる会議で拒否権を行使すればよいからである。要するに憲法上の権利は、意思決定費用がゼロでない状況において、全員一致ルールのもとで各人に与えられる拒否権と同じ機能を果たす。

(3) 規制立法による便益に比べて非常に大きな損失

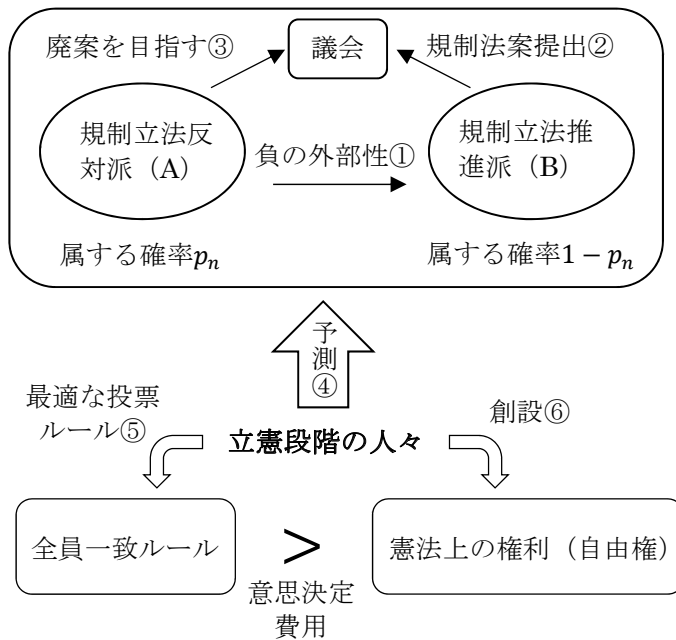
Aの行為を規制する立法によりBらが得られる便益が微々たるものであるのに対して、この規制立法によりAが被る損失が非常に大きなものであるとき、当該法案の審議にかかる投票ルールは全員一致ルールとなり、意思決定費用を削減するためにその行為を保護する憲法上の権利が設けられる。

(4) 立憲段階における不確実性

立憲段階の人々が自身や子孫が当の行為を行うか確実には知らないというのでなければ、憲法上の権利は設けられない。なぜなら、立法の際にたとえば単純多数決が用いられたらつねに自分が勝つことを知っている者は、投票ルールの選択にあたって単純多数以上の賛同を求めるルールを選ぶ必要はないからである。

要するに、AがBに与える負の外部性をもとに将来BがAの行為を規制する内容の法案を議会に提出するだろうことを予測した立憲段階の人々は、当該法案の審議にかかる投票ルールの選択を行わねばならない。このとき、当該法案の可決がAに与える損失が大きかつそれら立憲段階の人々自身やその子孫がAの立場に属する可能性があるならば、当該法案の投票ルールとして全員一致ルールが選ばれる。そして全員一致ルー

ルと憲法上の権利は、他の者らが立法を通じて課してくる義務からの免除権¹の付与という点で同じ機能を果たすものの、後者のほうが費用（意思決定費用）が少なく済むことから、立憲段階の人々は費用削減のために憲法上の権利を設けるだろう、というわけである（図1参照）。



将来、AがBに与える負の外部性①をきっかけに、BがAの行為を規制する法案を議会に提出するかもしれない②。Aは当該法案の廃案を目指すだろう③。以上のように予測した立憲段階の人々は、この法案の審議にかかる投票ルールを選択しなければならない④。その際、当該法案の可決に伴いAが被る損失が大きく、また立憲段階の人々やその子孫が将来属するだろう立場に関して不確実な状況に置かれているなら（後述の通り、そのような不確実性では不十分であり、実際には将来Aの立場に属するだろう確率 (p_n) が相当の大きさでなければならない）、相互依存費用最小化の論理からは全員一致ルールが最適なルールとなるかもしれない⑤。もっとも、全員一致ルールと同等の機能を果たす憲法上の権利を創設すれば、意思決定費用を低く抑えることができる。このことから、立憲段階の人々は、Aの行為を規制する立法からAを保護する権利条項を憲法に設ける⑥。

図1 憲法上の権利（自由権）創設のメカニズム

このようなミュラーの理論においてまず注目すべきは、Buchanan-Tullock（1962）の相互依存費用概念に基づく投票ルール論との接続である。法案の審議にかかる投票ルールの選択と憲法上の権利の選択に密接な関連があるという発想は、法学者には馴染み深いものではない。さらに、立法権力からの免除権の付与という点で同じ機能を果たす憲法上の権利と全員一致ルールのうちでも、前者のほうが少ない意思決定費用で済むことから、全員一致ルールが最適である状況において費用削減のためにそれらの権利は設けられるという、憲法上の権利創設の目的に関する理解も非常に興味深いものと言えよう。ミュラーによれば、「一定の行為を行う憲法上の権利は、全員一致ルールのもとで各人がもっている暗黙の拒否権によってもたらされるのと同様の保護を、より小さな意思決定費用で提供してくれる」（Mueller（1991）321）。「憲法上の権利というのは、集合的な利益の増進を図るコミュニティにとっての意思決定費用を削減するためのひとつの手段である。それらの権利はそれ自体が目的であるわけではない」（Mueller（1991）320）。

もっとも、このように興味深い内容ではあるものの、ミュラーの理論には一定の限界があることも忘れてはならない。というのも、彼自身は憲法上の権利一般についての説明を意図しているものの、実際にはその理論のもとで説明され得るのは、他の者らが立法を通じて課してくる義務からの免除権を人びとに与えるものとしての一部の自由権のみである²。また立憲段階をKnight（1921）的な不確実性の状況として捉えるた

1 法哲学者のウェスリー・ホーフエルト（Wesley N. Hohfeld）は、法学的概念としての権利を「権利（right）」、「特権（privilege）」、「権能（power）」、「免除権（immunity）」の4つに分類した。このうち免除権とは、他人から一定の義務を課されないことに対する法的保障を指す。Cf. Hohfeld（1919）。

2 伊藤（2012）111-12参照。なお、ミュラーのオリジナルな理論のもとでは、説明可能なのはいくつかの自由権のみであ

め、ミュラーの理論は権利の導入の是非しか語ることができず、権利による保護の強さの違いや、憲法上の権利の制限についても、そのままでは説明することができない³。

加えて、憲法上の権利が設けられるための条件の強さについても、ミュラーの理論には疑問の余地がある。というのも、彼に従えば憲法上の権利が設けられるためには、「規制立法による便益に比べて非常に大きな損失」(条件(3))が存在していなければならないが、実際にはそのような規制立法が特定の個人に与える損失が他の個人に与える便益に比べていかに大きくても、それだけでは必ずしも最適な(相互依存費用が最小の)投票ルールは全員一致ルールにはならないからである。意思決定費用とともに相互依存費用を構成する外部費用は、特定の規制立法の成立・適用に伴う損失と便益に立憲段階の人物が将来当該立法の推進派あるいは反対派に属するだろう確率を乗じたものの差である(伊藤(2012) 119-21参照)ことから、当該立法による損失が非常に大きいだけでなく、そのような損失を被る側に将来属するとその人物が想定する確率が非常に大きいのでなければ、外部費用曲線は上方に位置しない。また、Buchanan-Tullock(1962)型の意思決定費用曲線においては、投票ルールが包括的なものになるにつれ曲線が上方に急カーブを描く(全員一致に近い投票ルールのもとではそれぞれの議員は自らの「同意」を高く売ることができることから)ことを踏まえると、図2に示されるように、全員一致ルールが最適であるためには、外部費用曲線は横軸上の点Nの近傍においてより急速に下方にカーブしているのでなければならない。全員一致に近いルールのもとでさえ相当の大きさの外部費用が生じる法律、つまり大多数の者が賛成したというだけではその恐ろしさが軽減されないような法律というのは、そう多くないだろう⁴。

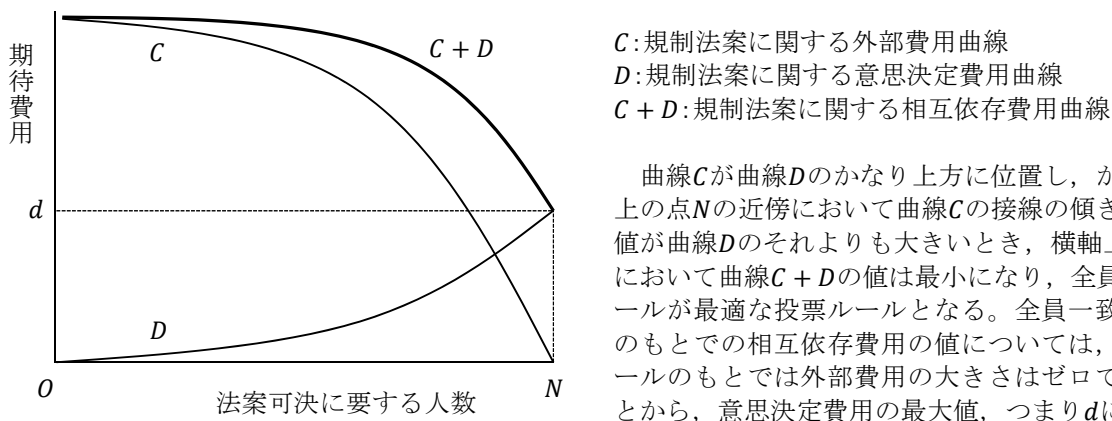


図2 最適な投票ルールが全員一致ルールであるケース

最適な投票ルールとして全員一致ルールを導くほどに大きな外部費用という想定は、ミュラーが憲法上の権利を説明する際に例に挙げた奴隷制の禁止や信教の自由などには当てはまるかもしれない。自らやその子孫が奴隷にされることやその宗教を禁じられることは立憲段階の人々にとって大きな打撃であるだろうし、歴史的な経緯等から自らがそれらの被害者の立場に属する可能性は少なからず存在すると彼らの多くは考え

るが、この理論を拡張することで、他の種類の憲法上の権利についても説明を行うことができるかもしれない。社会権を対象としたそのような試みについて、伊藤(2018)参照。

3 ミュラー理論の修正を通じて権利による保護の強さの違いを説明したものとして、伊藤(2012) 112-17参照。同様にこの理論の修正を通じて憲法上の権利の制限を説明したものとして、伊藤(2019)参照。

4 そのような立法の例として、Buchanan-Tullock(1962) 73-74は、個人の財産権が一度社会のなかで一般的に承認された後に、それらの財産権の構造を修正ないし制限しようとする決定を挙げている。ブキャナンらによれば、この種の決定に関しては、外部費用曲線は上方に位置し、全員一致ルールの近くになってはじめて横軸の方へ鋭く曲がったものとなる。

るかもしれない⁵。しかし、それ以外の種類の憲法上の権利についてもそのような想定を行うことは可能だろうか。特定の立法に関して立憲段階の人々が将来反対派に属する確率は大きいとしても当該立法に伴う損失はそれほどの大きさでないならば、あるいは反対派にもたらす損失は非常に大きいとしても自らが将来そのような反対派に属する確率はさほど大きくないと立憲段階の人々が考えるならば、当該立法を規制する憲法上の権利は設けられないのだろうか（なお、上述の通り、ミュラーの枠組みのもとで説明可能なのは一部の自由権のみである。このことから、以後の議論では、自由権を念頭に憲法上の権利という語を用いる）。

3. 憲法上の権利創設に伴う便益 I

3-1. 意思決定費用

以上の問題について、立憲段階の人物にとっての費用・便益の観点から考えてみよう。ある事項 Ω （たとえば、居住や移転、思想・良心のような）に関して人々の行為を規制する法案が将来議会で提出されるだろうことを予測した立憲段階の人々が、それらの法案（ Ω 関連法案）の可決に伴う外部費用の極端な大きさからその審議にかかる投票ルールとしては全員一致ルールが妥当であると考えたものとする。その際、彼らはこの全員一致ルールの下での拒否権に代わるものとして憲法上の権利（権利 Ω ）の創設を検討するものとしよう。もっとも、彼らが権利条項 Ω による制限を考えているのは、必ずしも Ω 関連法案のすべてではないかもしれない。事項 Ω のうちでも一部の項目に限っては規制立法の成立が望ましい（外部費用が小さい）かもしれない。その場合、彼らは当該項目（これを項目 ω とする）に関する法案の可決を可能にするような権利制約条項（これを権利制約条項 ω とする）を権利条項 Ω とともに憲法のなかに置くだろう⁶。さらに、 ω 関連法案の審議に用いられる投票ルールについても、憲法のなかに規定するだろう。

このとき、もし事項 Ω に関して提出されるかもしれない諸法案について、これを同一の投票ルールのもとに審議されるひとつの法分野として捉えることが可能であるなら、憲法上の権利創設の前と後とで意思決定費用がどのように変化するのかを論じることができる⁷。そこでこれを承認したうえで検討を行うことにしよう。

はじめに、権利条項 Ω とともに設けられた権利制約条項 ω により、事項 Ω は立法可能な項目 ω とそれ以外の項目（これを項目 $-\omega$ とする）とに区分される。このとき、権利制約条項 ω により提出可能な法案の範囲が狭まることで、議会における法案審議の総量（時間等で計った⁸）は権利創設前の Ω 関連法案の審議に比べ少なくなるだろう。また、法案の推進派に属する確率についても、 Ω 関連法案全体を対象とした場合よりも ω 関連法案だけを切り取った場合のほうが、将来当該法案の推進派に属する確率は大きいと立憲段階の人々の多くは考えるだろう。

5 合衆国憲法制定ときに憲法制定者にそのような可能性が存在しなかったことが、奴隷制を禁ずる条項が当初憲法に設けられなかったこと背景にあるとミュラーは述べる（Cf. Mueller (1991) 323）。もっとも、南北戦争後の第13修正の挿入、さらに現在でも繰り返される人身売買等を踏まえて、仮に奴隷制を禁じなかった場合自らや子孫が将来その被害を被る可能性はゼロではないと立憲段階の人々は考えるかもしれない。

6 相互依存費用に基づく権利制約条項の選択に関して、伊藤（2019）参照。

7 Buchanan-Tullock (1962) 70によれば、意思決定費用とは単一の決定のみに関わる費用ではなく、「 i 番目の個人がひとつの『活動』によって定義される共同決定のすべての集合に参加する場合にこうむると予想される費用の現在価値」（傍点）は引用者たる筆者）だとされる。このことから、事項 Ω に関する諸立法は他の法分野とは区別されるひとつの「活動」として理解することが可能なら、 Ω 関連法案の審議にかかる意思決定費用については憲法上の権利創設の前後を通じて考察することができるだろう。

8 Buchanan-Tullock (1962) 68によれば、意思決定費用を構成するのは、共同決定において「同意を確保するのに必要とされる時間および努力」である。

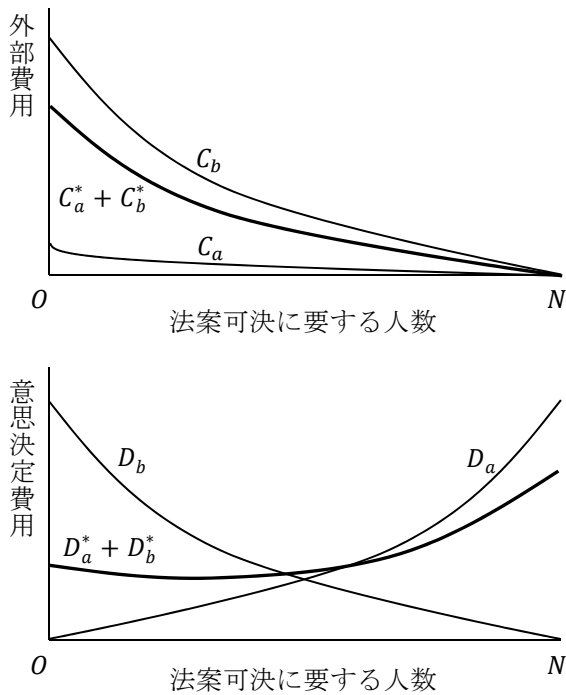


図3 「片想いの悲哀」型問題の外部費用曲線と意思決定費用曲線

特定の問題を処理するための法制化自体を拒否する者にとって、そのような法制化の試みとして提出された諸法案の可決がもたらす損失は、法制化に賛成の人々にとってのそれに比べて大きいだろう。したがって、前者の立場に確実に属すると予測する立憲段階の人物の外部費用曲線（曲線 C_b ）は、後者の立場に確実に属すると予測する者のそれ（曲線 C_a ）よりも上方に位置する。他方、法案の可決を目指して仲間の市民と交渉する者として、後者の行動には Buchanan-Tullock (1962) の条件が当てはまるから、その意思決定費用曲線は右上がりのもの（曲線 D_a ）になるが、前者は法案の可決ではなくむしろその否決を目指して仲間を募ろうとすると考えられるから、その意思決定費用曲線は右下がりのもの（曲線 D_b ）になるだろう。

このことから、将来確率 q で前者の立場に属し、確率 $(1-q)$ で後者の立場に属すると考える立憲段階の人物にとっての外部費用は曲線 $C_a^* + C_b^*$ のように、また意思決定費用は曲線 $D_a^* + D_b^*$ のようになるだろう（なお、それらの曲線の形状は q の大きさ次第で変わることには注意）。

このような規制法案の推進派に属する確率の違いは、意思決定費用曲線の形状に大きな影響を及ぼす。というのも、「男女の争い」型の問題については Buchanan-Tullock (1962) のモデルが妥当し、意思決定費用曲線は右上がりの形状になるけれども、「片想いの悲哀」型の問題⁹（ Ω 関連法案に関する問題は典型的な「片想いの悲哀」型の問題である）については、たしかに法制化推進派にとっての意思決定費用曲線の形状は右上がりになるものの、法制化拒否派にとってはむしろ投票ルールが包括的であるほど法案否決に必要な票を

9 ある問題を処理するために提出可能な法案が2つある（法案 α と法案 β ）ものとしたとき、仮にこれらの法案をめぐる2つの集団の利得構造が下図のゲーム①のようなものであるなら（この種のゲームはゲーム理論において「男女の争い」と呼ばれる。このゲームについてここでは、両プレイヤーの選択が一致するセル（左上と右下のセル）を α あるいは β という公共的決定（共同行為）がなされる状態、選択が一致しないセル（右上と左下のセル）を公共的決定がなされない状態、として解釈する）、最も望ましい法案は集団ごとに異なるものの、法的な処理それ自体の望ましさについては両集団ともこれを肯定するから（公共的決定がなされない状態に比べ、どのような内容のものであろうと公共的決定がなされた方が両集団ともに利得が増える）、両集団は議会でそれぞれが最も望む法案の可決を目指した多数派工作を繰り返すだろう。それに対して、それらの法案をめぐる利得構造がゲーム②（この種のゲームに伊藤（2012）230は「片想いの悲哀」という名称を与えた）のようなものであるなら、集団1は法制化を推進するものの、集団2にとっては法的な処理がなされるとむしろ利得が減少することから、法制化それ自体に反対し、集団1が提出した法案の否決を目指して活動することになるだろう。

【ゲーム①】		集団2		【ゲーム②】		集団2	
		α	β			α	β
集団1	α	5, 1	0, 0	集団1	α	5, -3	0, 0
	β	0, 0	1, 5		β	0, 0	3, -1

このうち「男女の争い」型の問題については、Buchanan-Tullock (1962) のモデルが妥当し、意思決定費用曲線は右上がりの形状になるだろう。しかし「片想いの悲哀」型の問題については、たしかに法制化推進派（ゲーム②の集団1）にとっての意思決定費用曲線の形状は右上がりになるけれども、法制化拒否派（ゲーム②の集団2）にとってはむしろ投票ルールが包括的であるほど法案否決に必要な票を集めることは容易になり意思決定費用曲線の形状は右下がりになることから、立憲段階の人物の意思決定費用曲線の形状は将来推進派あるいは拒否派に属する確率を反映した混合的なものになるだろう。なお、立憲段階および立法段階における「男女の争い」型の諸問題について、伊藤（2012）46以下参照。

集めることは容易になり、意思決定費用曲線の形状は右下がりになることから、意思決定費用曲線の形状は将来推進派あるいは拒否派に属するだろう確率を反映した混合的なものになるからである（図3参照）。

かくして、 ω 関連法案に関する立憲段階の人物の意思決定費用曲線（図4の曲線 D_ω ）は、 Ω 関連法案に関する意思決定費用曲線（図4の曲線 D_Ω ）よりも右上がりの度合いが強いだらう。また他人が提出した法案の審議に拘束される時間の短縮を意思決定費用の減少と捉えるならば、前者は後者よりも下方に位置するだろう。

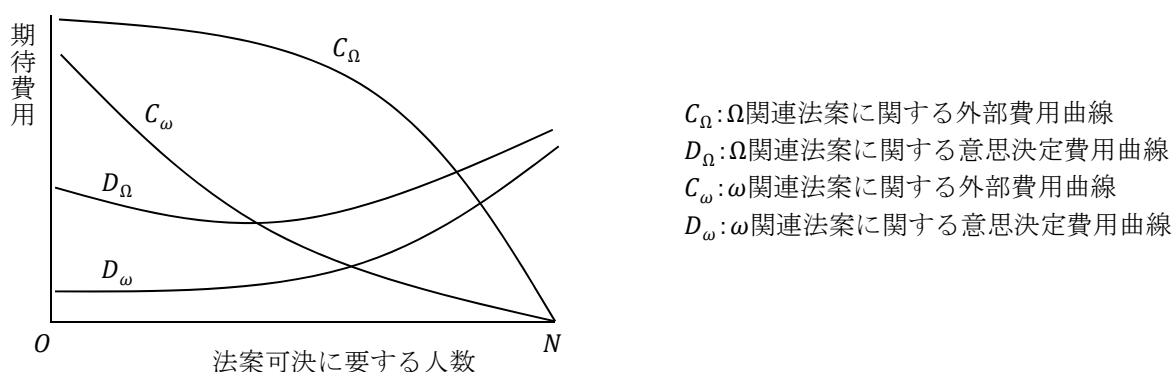


図4 ω 関連法案に関する意思決定費用曲線と外部費用曲線

他方、項目- ω に関する意思決定費用については少々厄介な問題がある。というのも、意思決定費用とはさまざまな投票ルールのもとで法案の可決(あるいは否決)に必要な交渉を行うことに伴う費用である以上、そのような投票ルールが設けられず法案審議もそれらの法案の可決もあり得ないことがらについては、意思決定費用という概念の使用が認められない可能性があるからである（一切の法案審議が行われないので意思決定費用はゼロというのであれば、立憲段階の人々はどんな問題に関しても憲法上の権利を設けようとするに違いない（というのもその場合、望ましくない法案が可決されることもないので外部費用もゼロ、つまり相互依存費用はゼロになるから）。だが実際には、憲法上の権利の創設は、他人が提出した望ましくない法案の可決の阻止に伴う便益だけでなく、自分にとって望ましい法案を成立させられないという損失をも人々にもたらす。将来確実に法制化自体を拒否する側に属するだろう者にとっては、いかなる法案も望ましくない以上それらの法案が可決されないことに伴う損失は生じないだろうけれども、少しでも推進派に属する見込みのある者にとってはそのような損失が生じるだろう。かくして、すべての人々が将来規制法案の拒否派に確実に属するというのでない限り（また法案審議の時間短縮による意思決定費用の減少の効果が上回るのでない限り）、憲法上の権利のもとでも意思決定費用（に相当するもの）は正の値をとるに違いない）。

もっともこれについては、一定の投票ルールの存在のもとで法案審議はかろうじて行われ得るものの、審議のハードルの高さゆえに法案可決の見通しがほとんど存在しないその極限として捉える（要するに全員一致ルールのもとでかかる意思決定費用によって近似する）ことでクリアできるかもしれない（その場合、「自らが望む法案を憲法上の権利のもとでは成立させられないことに伴う損失」については、将来確実に法制化自体を拒否する側に属する者の意思決定費用曲線が右下がりの形状で、横軸上の点 N においてその値がゼロになる（図3の曲線 D_b 参照）のに対し、少しでも推進派に属する見込みのある者の意思決定費用曲線は横軸上の点 N の近傍において多少とも右上がりになり、点 N において正の値をとる（図3の曲線 $D_a^* + D_b^*$ 参照）ことによって示される）。憲法上の権利(自由権)のもとで人々が有する立法権力からの免除権を全員一致ルールのもとでの拒否権と同等のものとするミュラーの理解については、以上のように解釈できるかもしれない。

かくして、項目- ω に関する意思決定費用についてはこの方法で求めることにしよう。その場合、事項 Ω

よりも項目 ω のほうが範囲が小さいこと、さらに立憲段階の人々が将来推進派に属するだろう確率の高い法案の多くは項目 ω のうちに含まれ、項目 ω に関連する法案については拒否派に属する確率が高いことから、項目 ω に関する意思決定費用曲線は Ω 関連法案に関する意思決定費用曲線よりも右上がりの度合いが弱く、かつ下方に位置するだろう（図5参照）。またこのことにより、横軸上の点 N における意思決定費用の値（図5の d_2 ）は、 Ω 関連法案に関するそれ（図5の d_1 ）よりも小さいだろう。

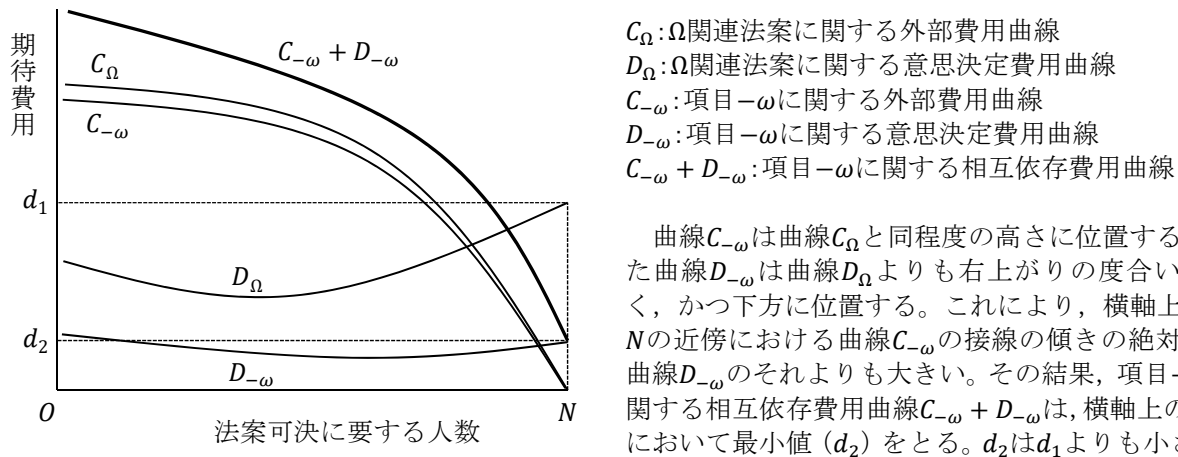


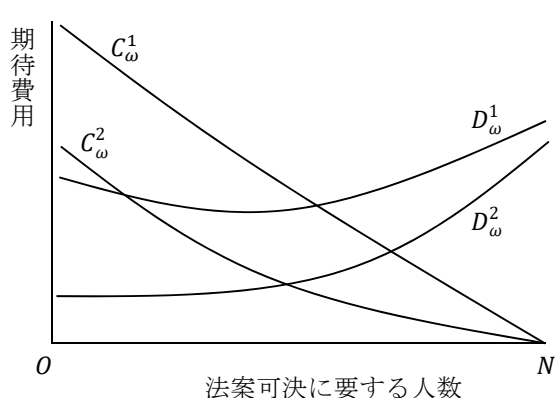
図5 項目 ω に関する意思決定費用曲線と外部費用曲線

もっとも、このような ω 関連法案および項目 ω の意思決定費用曲線については、いくつかの要因がその形状に影響を及ぼす。たとえば、設けられた権利制約条項の内容が、明確に項目 ω に関する立法のみを許容するというものであるとしよう¹⁰。このとき、権利制約条項の新設を奇貨としてこれ幸いと項目 ω 以外の法案の提出を目論む者が将来現れるとしても、議会に提出可能な法案の範囲は狭まるため、議員の多くが憲法の最高法規性を無視するだとか、 ω 関連法案は社会内に意見の甚だしい分裂を抱えまた提出される数が極端に多いとでもいうのでない限り、一般に議会において審議される ω 関連法案の数は少なくなるだろう。また立憲段階の人々が ω 関連法案の推進派に属する確率も大きくなるだろう。他方、仮に権利制約条項の内容が非常に曖昧なものである場合¹¹、権利 Ω の存在にもかかわらずこの制約条項を根拠として項目 ω 以外にも数多くの種類の法案が提出されるだろうことから、一般に議会における ω 関連法案の審議の総量は多いだろう。また立憲段階の人々が法案の推進派に属する確率は小さくなるだろう（最大限曖昧な権利制約条項のもとでは、項目 ω と ω の区分は事実上無くなり、 ω 関連法案に関する意思決定費用曲線は図4の曲線 D_{Ω} になる）。

10 多くのヨーロッパ諸国の憲法は、個々の条文で権利を規定すると同時に、当該権利の制限についても個別にかつ詳細に示すというスタイルを採っている。たとえばボン基本法第11条第1項は、「すべてのドイツ人は、連邦の全領域内における移転の自由を享有する。」として移転の自由を保障するが、第2項においては、「この権利は法律によって、または法律の根拠に基づいてのみ、かつ、十分な生活基盤がなく、その結果公衆に特別の負担が生ずる場合、または連邦もしくはラントの存立もしくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するために必要な場合、伝染病の危険、自然災害もしくは特に重大な災害事故に対処するために必要な場合、少年が放置されないように保護し、もしくは犯罪行為を防止するために必要な場合のみ、制限することが許される。」（初宿・辻村（2017）179）として、移転の自由が制限され得る場合について非常に詳細に規定している。

11 上述のボン基本法等と異なり、抽象的・包括的な権利制約条項を憲法のなかに置く国もある。たとえばカナダの1982年憲法法律はその第1条において、「カナダの権利及び自由の憲章がその中で保障する権利及び自由は、法によって定められた、自由で民主的な社会において正当化されるものと証明されうるような合理的な制限にのみ服する。」（初宿・辻村（2017）118）と規定し、この1つの条文により憲法上の権利一般の制限を許容する。

さらに、裁判所をはじめとする審査機関による違憲審査もまた、事項 Ω に関する意思決定費用曲線の変化の仕方に影響を及ぼし得る。権利制約条項の内容に抵触する法案が仮に議会において可決されるようなことがあったとしても、その後裁判所が当該立法について違憲判断を行う確率が高いというのであれば、議会のメンバーは敢えてそのような法案の提出を試みたりはしないかもしれない。そのようなはっきりとした傾向が存在し、そして裁判所による違憲判断の予測が可能な限りにおいて、違憲判断の確率の高さは、 ω 関連法案に関する意思決定費用曲線を下方にシフトさせる効果を持つだろう（図6の曲線 D_{ω}^1 および曲線 D_{ω}^2 参照）。



- C_{ω}^1 : 権利制約条項 ω が曖昧な内容のものであり、かつ／または裁判所の違憲判断の確率が小さい場合の、 ω 関連法案に関する外部費用曲線
- C_{ω}^2 : 権利制約条項 ω が明確な内容のものであり、かつ／または裁判所の違憲判断の確率が大きい場合の、 ω 関連法案に関する外部費用曲線
- D_{ω}^1 : 権利制約条項 ω が曖昧な内容のものであり、かつ／または裁判所の違憲判断の確率が小さい場合の、 ω 関連法案に関する意思決定費用曲線
- D_{ω}^2 : 権利制約条項 ω が明確な内容のものであり、かつ／または裁判所の違憲判断の確率が大きい場合の、 ω 関連法案に関する意思決定費用曲線

図6 ω 関連法案に関する意思決定費用曲線と外部費用曲線の変化

3-2. 外部費用

憲法上の権利(自由権)の創設に伴う効果としてミュラーが挙げたのは意思決定費用の削減だけであった。しかしながら、権利条項とともに権利制約条項も設けられるという場合、意思決定費用だけでなく外部費用についても変化があるだろう。ミュラーの条件(3)に示されるような外部費用の極端な大きさゆえに事項 Ω に関する立法を包括的に禁じる一方、項目 ω だけを取り出してみた場合さほど外部費用が大きくないことから例外的に権利制約条項 ω によりその立法を許容する以上、 ω 関連法案の審議にかかる投票ルールを作る際に、その外部費用曲線（図4の曲線 C_{ω} ）は Ω 関連法案に関するそれ（図4の曲線 C_{Ω} ）よりも下方に位置しているに違いない。また、項目 ω に関する外部費用については、事項 Ω よりも項目 ω の範囲は小さいものの、規制立法の成立が望ましい項目 ω を除いた残りであることから、項目 ω に関する外部費用曲線は Ω 関連法案に関する外部費用曲線とさほど変わらないかもしれない（図5の曲線 $C_{-\omega}$ ）。

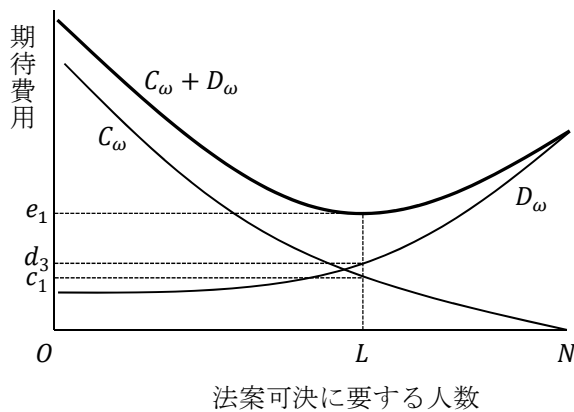
もっとも、その場合でも、意思決定費用について見たのと同様のいくつかの要因が、 ω 関連法案に関する外部費用曲線および項目 ω に関するその形状を左右し得る。たとえば明確に項目 ω に関する立法のみを許容するような内容の権利制約条項が置かれた場合よりも、非常に曖昧な内容の制約条項が置かれた場合のほうが、 ω 関連法案に関する外部費用曲線は上方に位置するものと考えられる。曖昧な内容の制約条項の挿入がブレイク・スルーとなって ω 以外の項目に関する法案が多数可決されるとき、ミュラーの条件(3)に従えば、その可決に伴う損失は非常に大きなものとなるだろう（最大限曖昧な権利制約条項のもとでは、 ω 関連法案に関する外部費用曲線は図4の曲線 C_{Ω} になる）。

また、裁判所等による違憲審査も同様に、 ω 関連法案の外部費用曲線の形状に影響を与えるだろう。仮に曖昧な内容の権利制約条項のもとで ω 以外の項目に関する法案が可決されるようなことがあったとしても、その後裁判所がそれらの立法に対して積極的に違憲判断を行うことが予想されるならば、（それが付随的違憲審査制の下でのものであったとしても違憲判決後それらの法律が適用されないという限りにおいて）結果

的に外部費用は低く抑えられるからである¹²。かくして、将来の違憲判断の確率の高さは、 ω 関連法案に関する外部費用曲線を下方に押し下げる効果をもつ（図6の曲線 C_{ω}^1 および曲線 C_{ω}^2 参照）。

3-3. 相互依存費用の減少

以上のような仕方で、 ω 関連法案に関する意思決定費用曲線と外部費用曲線、さらに項目 ω に関するそれが定まるものとしよう。たとえば、権利制約条項の内容や裁判所による違憲判断の確率等を踏まえ、立憲段階の人物が想定する ω 関連法案に関する意思決定費用は図7の曲線 D_{ω} のように、また外部費用は曲線 C_{ω} のようになるものとする。このとき、それらの費用を合わせた相互依存費用に関する曲線（曲線 $C_{\omega} + D_{\omega}$ ）も定まり、この費用を最小化するような ω 関連法案の審議にかかる新たな投票ルールを求めることができる。図7の場合、それは N 人中 L 人の同意を法案可決の要件とするルール（ L/N ルール）であるだろう（他の法分野で諸々の法案審議に用いられている投票ルールが同種のものであるとき、 ω 関連法案についてもその投票ルールに合わせられれば審議の混乱が回避される分だけ便益が生じるけれども、議論の単純化のためここではそのような投票ルールに関する規模の利益は無視する）。



- C_{ω} : 権利制約条項 ω の内容および違憲判断の確率等による効果を加味した、 ω 関連法案に関する外部費用曲線
- D_{ω} : 権利制約条項 ω の内容および違憲判断の確率等による効果を加味した、 ω 関連法案に関する意思決定費用曲線
- $C_{\omega} + D_{\omega}$: 権利制約条項 ω の内容および違憲判断の確率等による効果を加味した、 ω 関連法案に関する相互依存費用曲線

図7 ω 関連法案の審議にかかる投票ルール

かくして、 ω 関連法案の審議にかかる投票ルールは L/N ルールに定まるものとしよう。その場合、この投票ルールのもとでかかる ω 関連法案に関する意思決定費用の値（図7の d_3 ）を定数として扱うことにすれば、憲法上の権利創設後の立憲段階の人物の意思決定費用は、図5の曲線 $D_{-\omega}$ を d_3 だけ上方に移動させることによって表すことができるだろう。他方、当該人物の権利創設後の外部費用曲線については、同様に ω 関連法案の投票ルールとして L/N ルールが採用された場合の値（図7の c_1 ）を定数と扱うならば、図5の曲線 $C_{-\omega}$ を c_1 だけ上方に移動したものとなるだろう。権利創設前に Ω 関連法案の投票ルールとして全員一致ルールを用いた場合の外部費用はゼロであるから、憲法上の権利の新設は逆に外部費用を増加させることになるが、これは全員一致ルールに伴う拒否権により議会のメンバーにとって好ましくない法案の成立を完全に食い止められた権利成立前の状況に比べ、権利成立後は同時に設けられる権利制約条項 ω を根拠に好ましくない類の諸法案が可決されるおそれがあるからである。

以上の結果、当該人物にとっての憲法上の権利創設後の相互依存費用曲線は、曲線 $C_{-\omega} + D_{-\omega}$ を上方に $d_3 + c_1 = e_1$ だけ移動させた曲線 $C_{\omega}^* + D_{\omega}^*$ になる（図8参照）。その場合の相互依存費用の最小値は $(d_2 + e_1)$ である。 Ω 関連法案の投票ルールとして全員一致ルールが用いられた場合の相互依存費用 (d_1) よりも

12 裁判所等による違憲判断が外部費用に与える影響について、伊藤（2019）18-19参照。

$(d_2 + e_1)$ が小さいのは、権利制約条項 ω により ω 関連立法を許容したことに伴う便益、さらに他人が提出した望ましくない法案の審議に拘束される時間の短縮による意思決定費用の減少の効果である。

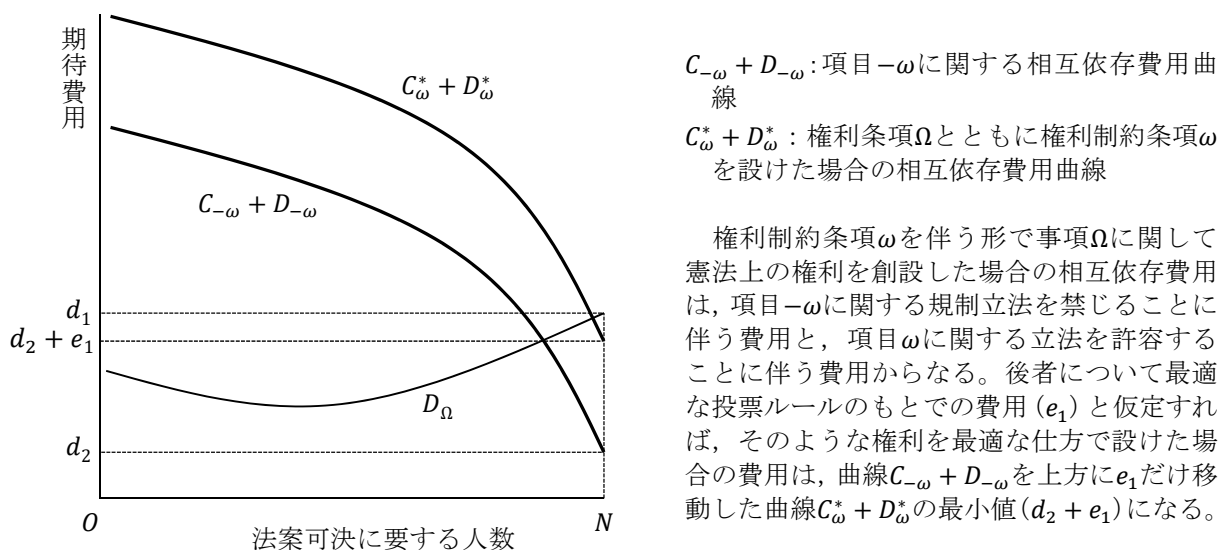


図8 権利 Ω 条項とともに権利制約条項 ω を設けた場合の相互依存費用曲線

ところで、ここまでは権利条項とともにその制約条項が置かれるという比較的好く見られるケースについて検討してきたけれども、憲法上の権利のなかにはいかなる制約条項も伴わない、不可侵と特徴づけられるようなものもあるだろう。そこでこのような権利についても考えてみよう。

仮に図4の状況においてこの種の権利条項が設けられた場合、上で見た ω 関連法案の審議にかかる L/N ルールのような新たな投票ルールが設けられず、この権利に対するいかなる規制法案も可決されない(権利制約条項の根拠なしに、他の投票ルールを用いて当該規制立法が成立する可能性を無視すれば)ことから、権利創設後の相互依存費用については上述の項目 $-\omega$ について見たのと同様の仕方でも求めるほかない。このとき、外部費用については権利創設前の値ゼロ(図4の曲線 C_{Ω} の横軸上の点 N における値)から変化はないが、意思決定費用については上述のように他人が提出した法案の審議に拘束されずに済む分だけ減少するかもしれない(なおその際、不可侵の権利条項を設けた場合の費用減少が、制約条項付きのそれを設けた場合のそれを上回るか否かは、検討対象である事項のうち立憲段階の人々にとって規制法案の可決が望ましい項目が存するかどうか依存する)。ミュラーは憲法上の権利の創設により意思決定費用が削減されると述べたとき、外部費用の変化には言及しなかったが、それはこのようなケースを念頭に置いてのものであっただろう。

4. 憲法上の権利創設に伴う便益Ⅱ

4-1. 憲法上の権利条項の私人間適用

立憲段階の人々が憲法上の権利を設けるだろう理由としてミュラーが挙げた意思決定費用の削減については、以上のように説明できよう。彼は意思決定費用の減少についてのみ触れ外部費用の変化については言及しなかったけれども、これはいかなる権利制約条項も伴わない不可侵と特徴づけられる権利のケースでは妥当であるものの、権利条項とともにその制約条項が置かれる一般的なケースではそうではない。権利制約条項の設置に伴い立憲段階の人々の外部費用は権利創設前よりも増えるだろうし、その結果、制約条項の内容

次第では、相互依存費用は減るかもしれないあるいは権利創設前とほとんど変わらないかもしれない。

ともあれ、憲法上の権利創設は一般に上述のような費用の削減という形の便益を立憲段階の人々にもたらすだろう。彼らは全員一致ルールのもとでかかる相互依存費用を目の前にして、これらの便益を考慮するに違いない。もっとも、憲法上の権利の創設によってもたらされる便益は、必ずしもこのような（新たな投票ルールを選択に関わる形での）相互依存費用の減少として現れるそれだけではない。たとえば、裁判所による憲法上の権利条項の私人間適用についての予測が立憲段階の人物にもたらすものについて考えてみよう。

そもそも全員一致ルールのもとでの拒否権とは、議会において新たに提出される法案が可決されるかどうかの鍵を議会のすべてのメンバーが握るという形での、立法権力からの免除権を内容とするものであるけれども、他方で憲法上の権利（自由権）については、同様に立法権力からの免除権をその中心的な機能としつつも、時にそれ以外の機能として私人間の法律関係への適用が論じられることがある。その場合、将来裁判所が権利Ωを含む憲法上の諸権利条項に関して私人間の法律関係には適用されないとする立場（無適用説）を採るだろうことが確実に予想されるのであればさておき、私法の一般条項等の解釈を通じて間接的に憲法上の権利条項を私人間の法律関係に適用できるとの立場（間接適用説）、あるいは憲法上の権利条項を直接それら私人間の法律関係に適用できるとの立場（直接適用説）を採るだろうことが予想されるのならば、権利条項Ωの新設に伴い、立憲段階の人物には（権利Ωの内容が、たとえば日本国憲法第32条の裁判を受ける権利のように専ら対国家的な性格を有するものではなく、私人間での適用を想定することの可能なものであるなら）当該条項の私人間への適用による特別な期待便益が生じるかもしれない。

たとえば、将来裁判所が間接適用説を採ると予想されるものとしよう。このとき、市民生活の特定の場面において他者との法律行為を私的自治の原則に委ねたならば弱い交渉力しか持たない者でも権利Ωの私人間適用により保護されるというのであれば、将来当該弱者の立場に属するだろう確率の高い立憲段階の人物にとっては、そのような場面が数多く訪れることが予想される限り、権利条項Ωの新設は一定の期待便益をもたらすだろう。権利Ωの私人間適用により逆に損失を被るような法律関係をもつこともあるだろうけれども、前者の場面での便益はそのような損失を相殺して余りあるものかもしれない。間接適用にも幅があり、事実上無適用説を採用したのと変わらないものから直接適用説を採用したのと同等の場合までさまざまであるけれども¹³、多少とも私人間効力を想定しうる限りにおいて、彼らにはそのような期待便益が生じるだろう。

もっとも、このような期待便益は、憲法上の権利のもとだけでなく全員一致ルールのもとでも生じるかもしれない。というのも、憲法学者の小山剛が述べるように、憲法上の権利の私人間適用において私法の一般条項等の解釈を通じて私人間の法律関係に適用されるのは、憲法上の権利条項のうちに見出される価値表明（たとえば「思想・信条は重要である」のような）なのだとしよう¹⁴。その場合、かかる価値表明は全員一致ルールのうちにも見出されるかもしれない。公共選択論を熟知した裁判官であれば、全員一致ルールの背後に想定される相互依存費用曲線の形状から、事項Ωは重要だとの価値表明を見出すことも可能かもしれない。

とはいえ、直接には議事手続について定めた規定である投票ルールのうち特定の価値表明を見出すことは、憲法上の権利条項ほどには容易ではないだろう。議論の単純化のため上では無視したものの、本来投票

13 憲法学者の野中俊彦らによれば、「もともと間接適用説といっても、憲法の人権規定の間接的適用の仕方には幅があり、人権の無条件の遵守が社会の公序であるとすれば、直接適用説と事実上変わらないこととなり、逆に、人身売買や強制労働のように、私人による極端な人権侵害のみを公序良俗違反として私法上の効力を否認するのであれば、実際上の効果は無効力説と同じことになることに注意しなければならない。」野中・中村・高橋・高見（2012）251。

14 小山によれば、「間接適用の正体が法律（私法規定）の基本権適合的解釈であるとしても、私人相互の関係で侵犯されるのは、対国家的な防御権としての基本権そのものではない。私人間の法律関係へと照射するのは、防御権の基礎にある、『思想・信条は重要である』『人格権は重要である』といった価値表明である。」小山（2016）139。

ルールの最適性のうちには規模の利益等の考慮が織り込まれていることを考えれば、それは尚更である。そうだとすれば、権利条項Ωの新設は、私人間適用に関して、全員一致ルールのもとでのそれと少なくとも同等かそれ以上の期待便益を立憲段階の人々にもたらし得よう。

同様のことは、将来裁判所が直接適用説を採ると予想される場合についても言える。私的自治の原則に委ねたならば弱い交渉力しか持たない人々の立場に将来属する確率が高い者にとっては、裁判所がそのような私人間の法律関係に権利条項Ωを直接適用することで、一定の期待便益が生じよう。彼らの交渉力の弱さが社会のなかで固定化したものであるとすれば、権利Ω侵害の程度の強い場合にのみ私法の一般条項を介して裁判所が介入する場合よりも、無条件に私人間の法律関係に権利条項Ωが適用される場合のほうが、彼らにとってのそのような便益は大きいかもしれない。

かくして、裁判所による権利条項の私人間適用が予想されるとき、憲法上の権利の創設は立憲段階の人々に特別な期待便益をもたらすかもしれない。もっとも、この種の便益の大きさは、将来属するだろう立場に関する彼らの予測に依存することに注意しよう。たとえば、私的自治の原則のもとでほとんど常に有利に交渉を行えるような立場に属する確率の高い者にとっては、権利条項Ωの新設は逆に一定の損失をもたらしかねないし、当該条項が私人間の法律関係に直接適用されるときその損失はさらに大きなものとなるだろう¹⁵。

4-2. 既存の法の統制

憲法上の権利の創設がもたらす便益としては、他にも既存の法の統制に伴うそれが考えられる。というのも、憲法上の権利条項を設けた場合、それ以降この条項に抵触する内容の法令を新たに作る事が禁じられるだけでなく、過去に作られ現在もなお効力を有している法令についても当該権利条項に沿った解釈を行うことが要請される（上述の間接適用説も、広い意味では（私法の一般条項に関する）憲法適合的な解釈について述べたものと言えるが¹⁶、権利条項に沿った解釈の要請は私法に限らず広く法一般に及ぶものである）。他方、全員一致ルールの場合、将来提出されるだろう当該分野の法案については、それぞれ可決させてよいかを完全にコントロールすることができるものの、既存の法令については統制が及ばない（抵触する内容の法は全員一致ルールのもとでは可決されるはずがなく、それゆえ存在していない以上、既存の法の統制などということは観念し得ない、との批判があるかもしれない。しかし、当該分野において全員一致ルールが法の歴史のはじめから存在していたのならいざ知らず、途中のいずれかの時点で規定されたものであるなら、

15 基本権法益を侵害する私人、当該法益を侵害される私人、およびそのような侵害から基本権法益を保護すべき義務を負った国家という、三極関係のもとに間接適用説を再構成する基本権保護義務論が、近年有力に主張されている。この説について、本稿の枠組みからは、国家による基本権保護義務を立憲段階の人々が設定しようとするか、あるいは仮に裁判所がそのような義務を認めた場合その後の立憲段階の人々はどのように反応するかという観点から検討がなされることになるが、一般的には保護義務の設定は外部費用を大きくする効果をもつだろう。特定の権利の保護がこれと衝突する権利の制限を伴うという場面で、前者の保護を国家に義務づけることは、後者の権利を享受する可能性のある者にとって大きな損失をもたらさう。もとより、その場合には後者の権利についての過剰侵害禁止が求められるだろうものの、保護義務の設定がブレイク・スルーとなり必要以上の権利制限がなされる可能性は否定できない。なお、基本権保護義務論について、小山（1998）参照。

16 間接適用説を確立したドイツ連邦憲法裁判所のリュート判決（BVerfGE 7, 198）に関して、小山は次のように述べる。「リュート判決によれば、基本権の第一次的な内実防衛権であるが、憲法は価値中立的秩序ではなく、基本権の章条において客観的価値秩序を定立した。この価値秩序は、憲法上の基本決定として、法のすべての領域に妥当し、私法においても、私法規定を媒介として展開される。新しく制定された法が基本権の価値体系に合致しなければならないように、旧来の法も、基本権の価値体系に調和しなければならない。価値体系から、旧来の法に固有の憲法的内容が与えられ、それが旧来の法の解釈を決定する」（小山（2016）135）。この観点からすれば、間接適用とは私法規定についての基本権適合的解釈というべきものであり、その間に本質的な差異はないだろう（小山（2016）139参照）。

それ以前に制定された諸々の法の統制が問題になり得よう)。あるいは、行政庁や裁判所が、当該問題に関しては全員一致ルールが規定されているという趣旨をくみ、その背後に一定の価値表明を見出すことで、これに抵触する内容の既存の法令は適用しないとか違憲と判断するといった可能性はあるものの、上述の通り一般にこの種のことを期待するのは困難であるだろう。

そうだとすれば、憲法上の権利条項を設け、当該条項の内容にそぐわない過去の法令について憲法適合的解釈によりその効果を制限することは、立憲段階の人々にとって好ましくない内容の過去の法令を排除できるという意味で便益をもたらすだろう。それは、権利制約条項の内容から逸脱するにもかかわらず可決されてしまった法律に対して裁判所が違憲判断を行うことが、立憲段階の人々にとって好ましくない新たな法律の排除により外部費用の減少という便益をもたらすのと同様である。

もっとも、このような既存の法の統制に伴う便益は、外部費用の削減によるそれとは性格が異なることに注意しよう。というのも、外部費用とはある法分野（これを法分野Xとする）の法案可決に要する人数の関数として、特定の投票ルールが用いられた場合に立憲段階の人物にとって好ましくない内容の諸法案が将来可決されるだろうことに伴う費用を表したものであって、別の投票ルールのもとで新たに可決されるだろう別の法分野の諸法案、あるいは法分野Xの法案であっても過去に別の投票ルールのもとで可決されたものについては、それが当該人物にとっていかに好ましくない内容のものであったとしても、法分野Xの新たな投票ルールの選択に直面した立憲段階の人物にとっての外部費用としてはカウントされ得ないからである。

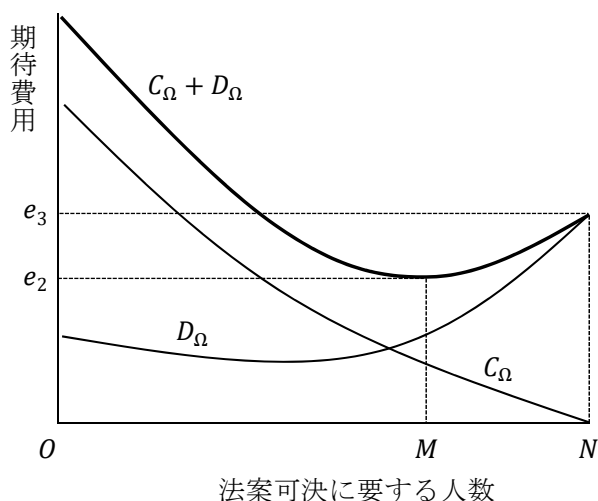
要するに、既存の法の統制に伴う便益は相互依存費用の増減という形をとるものではない。実際、意思決定費用についても、既存の法の統制により社会内の対立に変化が生じ、その結果将来の法案審議の際の交渉の費用が変わる等のことはあるかもしれないものの、それは権利制約条項の内容の操作と意思決定費用の大きさとの間にあるような直接的な関係ではないだろう。このことは権利条項の私人間適用に伴う便益についても同様であって、それらは相互依存費用に還元されざるものとして、相互依存費用最小化の論理によって導かれる新たな投票ルール（ ω 関連法案の審議にかかる L/N ルールのような）の選択に関わるものとは別の種類の便益と位置づけたほうがよいように思われる。

5. 憲法上の権利創設へのインセンティブ

憲法上の権利の創設は、以上のように相互依存費用の減少に伴う便益だけでなく、さらに権利条項の私人間適用や既存の法の統制に伴う便益などのようなそれ以外の便益をも、立憲段階の人々にもたらすかもしれない。そこで、 Ω 関連法案の審議にかかる最適な投票ルールは全員一致ルールであるという状況において、特定の内容の制約条項とともにあるいは制約条項抜きで不可侵のものとして新たな権利条項を憲法に置いた場合、立憲段階の人々にとってそれらの便益の総計は正になるものとしよう。このとき彼らには、全員一致ルールのもとでの拒否権に代わるものとして、権利条項を憲法に設けるインセンティブが生じるだろう。

もっとも、以上の議論を踏まえれば、立憲段階の人々に権利創設のインセンティブが生じるのは、最適な投票ルールが全員一致ルールである場合だけには限られないかもしれない。というのも、仮に全員一致ルールよりも少数決寄りのルールが最適である場合であっても、憲法上の権利創設に伴う上述の便益が立法権力からの免除権の付与に伴う費用の増加、つまり全員一致ルールへの投票ルールの引き上げに伴う相互依存費用の増加を相殺して余りあるものであるならば、彼らは権利の創設を志向するだろうからである。

このことを図9をもとに考えてみよう。まず、 Ω 関連法案に関する立憲段階の人々の外部費用曲線および意思決定費用曲線について、ここまではそれらは図4のようなものと仮定してきたけれども、ここでは図9のようなものと仮定する。その場合、相互依存費用が最小の投票ルールは M/N ルールである（そ



C_{Ω} : Ω 関連法案に関する外部費用曲線
 D_{Ω} : Ω 関連法案に関する意思決定費用曲線
 $C_{\Omega} + D_{\Omega}$: Ω 関連法案に関する相互依存費用曲線

相互依存費用曲線がこのようなものであるとき、法案審議にかかる投票ルールとして M/N ルールが用いられれば相互依存費用は最小（費用の大きさは e_2 ）になる。仮にこの状況において全員一致ルールが用いられたならば、費用はさらに増え、その大きさは e_3 になる。

図9 M/Nルールが最適であるケース

の際の費用は e_2) から、通常であれば彼らはそれらの法案審議に用いられるものとしてこのルールを選ぶだろう。もしそうではなく他のルール、たとえば全員一致ルールを選ぶものなら、彼らには $(e_3 - e_2)$ だけ余計に費用がかかることになる。

さてその上で、仮に最適な内容の権利制約条項（および最適な投票ルール）とともに、あるいは（規制立法の成立が望ましい項目がない場合には）そのような制約条項なしに権利条項 Ω を憲法に設けたならば、それによる諸々の便益の大きさは $(e_3 - e_2)$ を上回るものとしよう。このとき、立憲段階の人々にとっての最適な選択は、 Ω 関連法案の投票ルールとして M/N ルールを選択するというものではなくなるだろう。というのも、これに代えて憲法上の権利の創設を選べば、（上述の通り、憲法上の権利として立法権力からの免除権を付与する際にかかる費用は、全員一致ルールのもとの相互依存費用によって近似されるものと仮定したとき）そのための費用はそもそも全員一致ルールが最適である状況において権利を設けた場合よりも $(e_3 - e_2)$ だけ多くかかるものの、最終的には権利創設前より多くの便益を得られるからである。

そうだとすれば、最適な投票ルールが全員一致ルールよりも少数決寄りのものである場合にも、憲法上の権利が設けられることはあるかもしれない。もちろん、権利の種類ごとに憲法上の権利創設に伴う便益の大きさは異なるだろうこと、それに伴い許容可能な相互依存費用の増加量も異なることを考えれば、権利創設が可能であるケースは限られるだろうけれども。

6. おわりに

ミュラーは、立法による便益と損失の大きな差が全員一致ルールを導き、そして意思決定費用の削減のために憲法上の権利が設けられると考えた。しかしながら、以上の議論を踏まえれば、これは必ずしも正しくない。というのも、憲法上の権利（自由権）のもとで立法権力からの免除権を人々に与える際の費用は、全員一致ルールを用いた場合の相互依存費用によって近似されるのだとしても、このことは全員一致ルールの最適性を前提しないからである。全員一致ルールよりも少数決寄りのルールが最適である場合、つまり彼の条件(3)にいう「規制立法による便益に比べて非常に大きな損失」が、必ずしも全員一致ルールを最適な投票ルールとして導くほどに大きなものでない場合にも、憲法上の権利は設けられるかもしれない。

もしこのことが正しいとするなら、立憲段階の人々が以上のような仕方でも費用最小化の観点から憲法上の権利を設けたとき、憲法に規定された諸権利のなかには、最適な投票ルールとして全員一致ルールを導くほ

どに外部費用の大きなもの以外にも、さまざまな外部費用の大きさのものが（もちろんその大きさに下限はあるにしても）含まれている可能性があるだろう。

たとえば、立憲段階の人々自身やその子孫が将来特定の規制法案に関して拒否派に属するだろう確率は（損失を被るだろう人々の数の予想される少なさもあり）小さいものの、仮に拒否派に属したとすればそれらの法案の可決により非常に大きな損失を被るというケースについて考えてみよう。この場合、適切な内容の権利制約条項 ω を置くことを認めるならば、残りの項目 $-\omega$ について立憲段階の人々が将来立法推進派に属する確率は小さくなり、その分彼らの意思決定費用曲線は右上がりの度合いが弱くなるため、相互依存費用曲線の最小地点は横軸上の点 N に近づく。それでもなお（ b_n の値の小ささによる）外部費用の小ささから横軸上の点 N において相互依存費用が最小にならなかったとしても、憲法上の権利の創設に伴う諸々の便益は、このケースにおける権利条項の設置という選択を合理的なものとするかもしれない。国家権力から少数者を保護する権利は、このようにして導かれるかもしれない。

〈参考文献〉

- 伊藤泰（2012）『ゲーム理論と法哲学』成文堂。
 伊藤泰（2018）「社会権の公共選択的基礎づけ」『公共選択』69, pp.5-23。
 伊藤泰（2019）「憲法上の権利の制限」『公共選択』72, pp.7-27。
 小山剛（1998）『基本権保護の法理』成文堂。
 小山剛（2016）『「憲法上の権利」の作法 第3版』尚学社。
 初宿正典・辻村みよ子編（2017）『新解説世界憲法集 第4版』三省堂。
 野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利（2012）『憲法I 第5版』有斐閣。
 Buchanan, J.M. and Tullock, G. (1962), *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, The University of Michigan Press（宇田川璋仁監訳（1979）『公共選択の理論』東洋経済新報社）。
 Hohfeld, W.N. (1919), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press.
 Knight, F.H. (1921), *Risk, Uncertainty, and Profit*, Boston & New York, Houghton Mifflin Company（奥隅栄喜訳（1959）『危険・不確実性および利潤』文雅堂書店）。
 McConnell, M.W. and Posner, R.A. (1989), "An Economic Approach to Issues of Religious Freedom," *University of Chicago Law Review*, 56(1), pp.1-60.
 Mueller, D.C. (1991), "Constitutional Rights," *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7(2), pp.313-33.
 Mueller, D.C. (1996), *Constitutional Democracy*, New York, Oxford University Press.
 Mueller, D.C. (2003), *Public Choice III*, New York, Cambridge University Press.
 Sunstein, C.R. (1984), "Naked Preferences and the Constitution," *Columbia Law Review*, 84(7), pp.1689-1732.

（函館校准教授）