



人権と憲法上の権利：
権利論が権利条項の選択に与える影響

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2021-10-14 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/10.32150/00007073

人権と憲法上の権利

— 権利論が権利条項の選択に与える影響 —

伊藤 泰

北海道教育大学函館校・法哲学研究室

Human Rights and Constitutional Rights

ITO Yasushi

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

概 要

憲法に規定された諸権利を自然権的な人権とみなすか、実証主義的に捉えるかという問題は、裁判等における人々の行動にだけでなく、遡って、権利条項案の憲法への挿入について検討を行う立憲段階の人々の選択にも影響を与えるかもしれない。その際、立憲段階の人々への影響については、憲法上の権利に関する諸理論に共通の要因によるものと、自然権論、実証主義的権利論に特有の要因によるものとが考えられる。このうち前者の要因としては、憲法改正への交渉に伴う費用の削減や、権利条項の文言の操作や当該条項の解釈の誘導を通じた外部費用の削減などがあり得よう。また後者の要因としては、自然権的な人権論の普及のもとで国家権力に対する人々の態度に変化が見られること、さらには人権論あるいは実証主義的権利論を法適用機関が採用するだろうことに伴う外部費用の変化などが考えられよう。

1. はじめに

わが国の憲法学界では1980年代の末頃より、日本国憲法第3章に規定された諸権利について、これを「人権」として捉えるか、それとも人権としてではなく端的に「憲法上の権利」として捉えるか、をめぐる議論が行われている。諸権利条項に示された権利を自然権的な人権として理解してきた戦後の流れに対して、当該権利を実定憲法との関係で捉える実証主義的な見解が提示されたことに伴うこの議論は、現在もお活発に展開されている。

憲法の諸権利条項に示された権利についてのこのような捉え方の違いは、直接には裁判所等におけるそれらの条項の解釈にかかわるものであるだろう。もっとも、「人権かそれとも憲法上の権利か」という問題が重要性を帯びるのは司法等の場だけではない。というのも、遡って、それらの権利条項に関する案の憲法へ

の挿入について検討を行う立憲段階の人々の選択にも、この問題は影響を与え得るからである。たとえば、ケン・ビンモア（Ken Binmore）が主張するように、憲法に規定された権利が人権と捉えられることで国家権力への監視が弱まる傾向があるのだとすれば、立憲段階の人々としては、そのような監視の低下に伴う損失を抑えるべく、権利制約条項案の内容を操作したり、あるいはより実証主義的な権利論を普及させるよう努める、などのことを行うかもしれない。

かくして、憲法に規定された権利の性格をいかに捉えるかは、立憲段階の人々による選択について分析するうえでも重要なものであり得る¹。そこで本稿では、この問題について、公共選択論の著名な理論家であるデニス・ミュラー（Dennis C. Mueller）の権利論の枠組みのもとで、検討を行ってみようと思う。

2. 人権かそれとも憲法上の権利か

まず、「人権かそれとも憲法上の権利か」をめぐる議論の確認から始めよう。戦後のわが国の憲法学界において、日本国憲法第3章に規定された諸権利は、しばしば自然権的な人権を憲法に具体化したものとして捉えられてきた。たとえば、戦前、戦後の長期にわたり憲法学をリードした宮沢俊義は次のように言う²。

日本国憲法が宣言し、保障する権利が、「侵すことのできない永久の権利」だというのは、それらを国家の権力によって侵すことが許されないことを意味するとともに、それらの権利が人間が人間であることにのみもとづいて——すなわち、ひとえに「人間性」を根拠として当然に享有すべきものであるとする思想にもとづくことをあらわしている。そこに「現在及び将来の国民に与えられる」とか、「現在及び将来の国民に対し……信託されたもの」とかいう言葉があるが、それは、それらの権利が憲法によって与えられたという意味ではない。それは、それらの権利が「人間性」から論理必然的に直接に派生すること、いうならば、「人間性」によって与えられることを意味する。ここにいう「人間性」を「自然法」と呼ぶならば、「自然法」によって与えられた権利といってもいいかもしれない。ここで基本的人権とされている権利は、この意味で「自然法」にもとづくものであり、論理的に国家や、憲法に先立つものであるから、国家の権力によって、侵すことは許されないとされる。（宮沢（1971）205、傍点は原文）

また、宮沢の弟子である芦部信喜は次のように述べる。

基本的人権とは、人間が社会を構成する自律的な個人として自由と生存を確保し、その尊厳性を維持するため、それに必要な一定の権利が当然に人間に固有するものであることを前提として認め、そのよ

1 筆者は伊藤（2019）、伊藤（2020）等において、憲法上の権利に関する公共選択的な分析を行ったけれども、これは憲法学における「人権かそれとも憲法上の権利か」という論争の一方の側に与するものではないことに注意しよう。それらの論文においては、立憲段階の人々による選択のプロセスに焦点を当て、そのような選択の結果として憲法のなかに権利条項が規定されるメカニズムを記述する目的で、当該条項に示された権利を「憲法上の権利」という語で表しているにすぎない。実際、そのように記述されたモデルにおいて、立憲段階の人々のなかには、当該権利を人権として捉える者もいることだろう。もとより、自然権論に由来する人権と捉える場合であっても、一定の手続に従って憲法のなかに権利条項を規定する、各人の選択の集積として説明されるプロセスを踏むという点では、変わりがないのである。

2 もっとも、宮沢は、憲法12条の「この憲法が国民に保障する自由及び権利」と、11条および97条の「この憲法が国民に保障する基本的人権」の区別のもとに、日本国憲法第3章の諸権利のうちには、人権の性質をもつものとそうでなく人権の性質をもたないものの双方が含まれる、と主張したのであったけれども。宮沢（1978）193参照。

うに憲法以前に成立していると考えられる権利を憲法が実定的な法的権利として確認したもの、と
 いうことができる。(芦部 (2019) 82, 傍点は原文)

これらの主張に見られるのは、憲法に規定されている諸権利は、憲法に定められたという事実のゆえに人々に与えられたものではなく、そもそも自然権的に憲法の成立以前からすべての人にそなわるものであって³、憲法はただそのことを実定法上確認しただけである、という構図である。前国家的、前憲法的に人々が有する人権に関して、「憲法はいわば人権一覧の確認リストを提供する」(松本 (2007) 25) ものに過ぎない、というわけである。

しかしながら、1980年代末以降、人権と憲法のこのような関係を問い直す議論が行われ始める⁴。それらの論者は、基本的人権という政治的な理念についてはそれとして尊重しつつも、憲法に規定された諸権利を人権として捉えるのではなく、実定憲法との関係において捉える、つまり憲法に規定されたという事実からその妥当性や権利の性格を引き出すような、実証主義的な議論を展開する。たとえばその代表的論者である石川健治は次のように述べる。

客観法が主観法の創造者ではないにしても、素材 (Stoff) としての主観法に形姿 (Gestalt) を賦与するのは客観法である。「基本的人権」の近代的法理念が保持する、道徳的駆動力 (moral force, sittliche Kraft) はそれとして重要であるが、その主観法としての存在身分についていえば、客観法 (主として国法秩序) と区別して語ることは難しい。(石川 (2007) 9)

また石川とならんで「憲法上の権利」論をリードする松本和彦は次のように述べる。

人権宣言の憲法化は、自然権 (あるいは何らかの道徳的権利) の憲法による確認のためというより、国家権力の創出と統制のため、憲法上に権利規定を設ける必要があったと理解するのである。とりわけ憲法上の権利は、国家権力を統制するために憲法上に実定化された権利と考えるべきである。人権とは別に憲法上の権利を観念するところには、人権と憲法上の権利のつながりを一旦切断する契機を見ることがすらできる。(松本 (2007) 31)

憲法上の権利は、国民個人のイニシャティヴで国家権力を統制できるようにするために、憲法により国民に与えられたものである。その意味で、生まれながらに当然に享有する権利ではないというべきである。(松本 (2007) 42-43)

3 高橋和之のように、憲法24条にいう「個人の尊厳」を憲法の基本価値とみなしたうえで、憲法第3章の諸権利はみなこの「個人の尊厳」から導かれるとして、憲法の条文に引き付けて説明を行う者もあるけれども。高橋 (2020) 80以下参照。もっとも、その場合でも、「個人の尊厳」という価値のもとに人々が憲法以前にそれらの権利を有するという構成であることには変わらない。

4 奥平康弘は奥平 (1988) において、人権と憲法上の権利を区別したうえでその架橋を試みる議論を行った。この論文について石崎学は、「今日、憲法学は、憲法上の権利論について、その理念としての人権論との関係についての主張とも相まって、諸説が入り乱れる状況にある。しかし、その諸説の多くは、明示的にせよ黙示的にせよ、ある一つの論文を常に意識しているものと察せられる。奥平康弘の1988年の論文『“ヒューマン・ライツ”考』である」(石崎 (2016) 2) として、「人権かそれとも憲法上の権利か」に関する論争におけるその重要性を指摘する。

これらの論者によれば、憲法に規定された諸権利は、人権としてのその内実によって憲法のなかにその座を占めるのではなく、国家権力を創出した統制するという憲法の目的に照らして当該権利条項が必要であるとの人々の判断により、そこにあるものである。なるほど、日本国憲法のなかには「基本的人権」という語が見られるけれども、これは単に新たに憲法に規定された諸権利への人々の承認を得るうえで、「人権」という理念のプラスイメージを利用したものに過ぎない（松本（2007）43）。さらに言えば、戦後の憲法学界において憲法上の権利を人権と同一視する議論が行われたのも、結局は、明治憲法下での「臣民の権利」との対比を強調する目的から、政治思想としての「人権」論と「憲法上の権利」論とを取って戦略的に混同したものに他ならない（石川（2007）5）。

かくして現在、憲法に規定された諸権利をめぐって、これを自然権的な人権として理解する立場と、そうではなく実証主義的に実定憲法との関係において捉える立場との相克が見られるけれども、それらの権利に関するかような理解の相違は、憲法学における純学問的な議論の対象として重要であるだけでなく、憲法学者以外の人々の具体的行動にも少なからず影響を与えるかもしれないという意味で実践的な問題であるだろう。たとえば、裁判等において憲法13条を根拠に新たな権利を主張する際、「人権」という観念を持ちだしたほうが有利に働くと人々は考えるかもしれない。かつての憲法制定者らが設けないという判断を（黙示的にではあっても）行った権利の創設をいま改めて求めるよりも、憲法以前に人々が自然権として有している権利を憲法が確認した際にリストから漏れた、そのような権利の確認を改めて求めるほうが、そのハードルは低いと彼らは考えるかもしれない。

また、憲法に規定された諸権利に関する理解の相違からは、このような裁判等での個別の行動を超えた、より広範かつ根本的な影響も考えられよう。松本によれば、

憲法上の権利から人権を切り離すことには不安も伴うが、人権を憲法の外におくことで得られるものもある。それは憲法さえも相対化する批判的視点である。現行憲法の問題性（ひょっとすると近い将来にあるかもしれない改正後の憲法の問題性）を明るみに出すという効果である。（松本（2007）44-45）

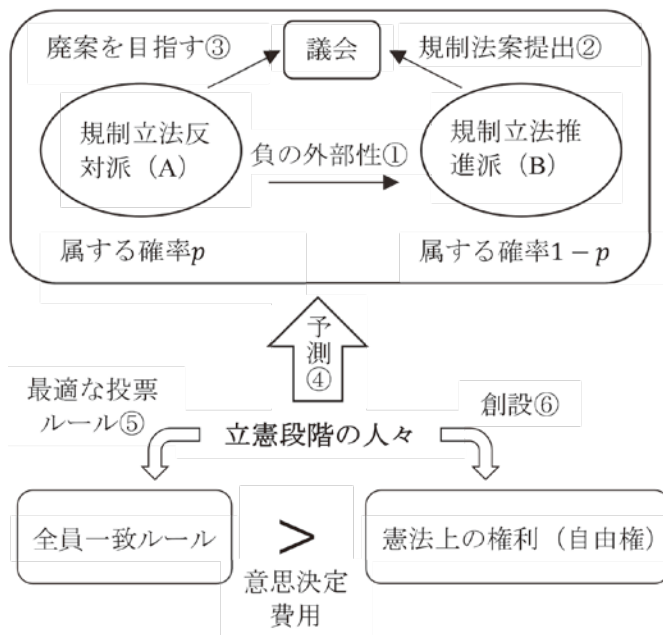
ところで、憲法に規定された諸権利に関するこのような理解の違いが影響を及ぼすのは、立法段階における人々の行動だけではないかもしれない。それらの人々の行動についての予測のもとに憲法への権利条項の挿入に関する検討を行う際、立憲段階の人々は当該権利を人権として説明する理論や、そうではなく実証主義的にこれを捉える理論などの、社会の中での広がりについて考慮に入れるかもしれないし、あるいはまたそのような理論の普及へ向けた戦略的行動すら視野に入れるかもしれない。ここからはこのことを、Buchanan-Tullock（1962）の投票ルール論を基盤に、公共選択の分野において独自の憲法上の権利論を展開したミュラーの理論の枠組みに沿って考えてみることにしよう。

3. 権利条項の選択

3-1. ミュラーの権利論

ミュラーは憲法上の権利を、「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で、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な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。



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（実際には、そのような不確実性では不十分であり、将来 A の立場に属するだろう確率 p 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

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い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）。

用曲線が右上がりになるのは「男女の争い」型の利得構造をもつ問題においてのみであるのに対し、ミュラーの上述の4条件において決定的に重要な意味をもつ規制法案(図1の②)は典型的な「片想いの悲哀」型の利得構造をもち、そしてその場合の意思決定費用曲線は混合型のものになることから⁵、ここでは混合型の曲線を用い、 ψ 関連法案は「片想いの悲哀」型の利得構造をもつものと仮定しよう)、それらの費用を足し合わせたもの(相互依存費用)はM/Nルールを投票ルールとして用いた場合に最小になる。したがって、立憲段階の人々としては、仮に公的な処理を行うのであればそのための法案審議にこの投票ルールを用いるだろう。彼らは、公的処理に伴う費用 g としてこの投票ルールのもとでの相互依存費用 h_1 を計上したうえで ($g = h_1$)、これを問題 ψ を私的に処理する場合の費用 a と比較し、 $h_1 < a$ であれば公的な処理の方を選ぶだろう⁶。

もっとも、ブキャナンとタロックのこの議論においては、費用 g の大きさに影響を与えるにも拘わらず触れられていない要素が少なくともひとつある。それは、 ψ 関連法案の審議に用いられる投票ルールを憲法に規定するための改正交渉に伴う費用である。特定の条項を憲法に挿入しようとする場合、憲法改正に必要な多数の同意を得るための交渉が必要となる。その費用は、憲法に規定された特定の投票ルールを用いて諸々の法案が審議される際の交渉に伴う費用である意思決定費用とは別のものである。将来の ψ 関連法案の審議にかかる交渉の費用等の予測をもとにそれらの法案についてはM/Nルールが最適であると考えた者として、しかしながら必ずしも彼ひとりの意見で憲法に当該ルールが規定されるわけではない(憲法改正に求められる同意の数次第)のだから、同様にそれぞれ将来の費用予測を行っている人々のあいだで憲法改正に必要な多数の同意を獲得するための交渉が行われねばならない。その際、そのような憲法改正交渉に伴う費用は、法案審議にかかる意思決定費用が投票ルール次第であるのと同様に、一般に憲法改正手続の内容に応じてその大きさが変化するだろう。たとえば、立憲段階の人々は皆将来 ψ 関連法案に関してAとBの双方の立場に属する可能性があると考えており、このことに伴いいずれも $h_1 < a$ という費用評価を行っているものとしよう。このとき、 ψ 関連法案の審議にかかる投票ルールとしていかなるものが設けられるべきかの問題は「男女の争い」型の利得構造をもち(立憲段階のすべての者にとって $h_1 < a$ だとしても、将来Aの立場に属するだろう確率 p の大きさがそれぞれで異なるなら、それに伴い彼らにとって最適な投票ルールは異なるだろう)、改正交渉の費用に関する曲線は右上がりの形状となるから、たとえば憲法改正に必要な手続として N 人中 θ 人の同意が求められる場合に比べて、それよりも多い A 人の同意が求められる場合のほうが交渉に伴う費用は大きくなるだろう(図3参照)。ここで、仮に憲法改正に必要な手続として N 人中 A 人の同意を獲得すべし、ということが憲法のなかに既に規定されているものとしよう。その場合、問題 ψ に関して

5 「男女の争い」型の利得構造(下記のゲームIのような)をもつ問題においては、意思決定費用曲線は右上がりの形状になる。それに対して、「片想いの悲哀」型の利得構造(ゲームIIのような)をもつ問題においては、法案の可決を望む人々(集団I)の意思決定費用曲線は右上がりになるもの、逆に否決を望む人々(集団II)の意思決定費用曲線は右下がりになる。このことから、この問題における意思決定費用曲線は、それぞれの立場に属する確率に応じて、右上がりの曲線と右下がりの曲線を混合したものとなる。

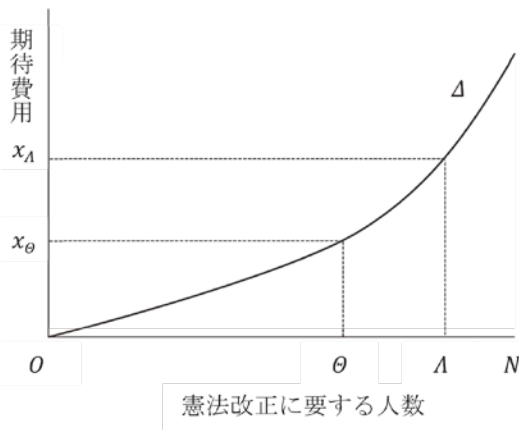
	【ゲームI】		【ゲームII】	
		集団2		集団2
		α β		α β
集団1	α	5, 1	0, 0	α
	β	0, 0	1, 5	β
				α
				β
				5, -3
				0, 0
				0, 0
				3, -1

なお、「男女の争い」型の問題と「片想いの悲哀」型の問題における相互依存費用曲線の形状について、詳しくは、伊藤(2018b)参照。

6 ブキャナンとタロックによれば、公的処理と私的処理のいずれが適切かを決定するのは、相互依存費用 h_1 と私的活動のもとでの費用の大小関係である。もっとも、諸々の投票ルールに関する規模の利益は、 ψ 関連法案に関する最適な投票ルールをM/Nルールとは異なるものとするかもしれない。Cf. Buchanan-Tullock (1962) 76, 邦訳86-87.

公的な処理を行うためにかかる費用 g は、 M/N ルールのもとでの法案審議に伴う相互依存費用 h_1 に、憲法改正手続 (A/N ルール)のもとでの改正への交渉の費用 x_A を加えたものとなる ($g = h_1 + x_A$)⁷。

そうだとすれば、なぜブキャナンとタロックは費用 x_A を考慮に入れなかったのか。おそらくその答えは、彼らは費用 x_A を考慮に入れなかったというのではなく、考慮に入れたもののその大きさは無視できるほどに小さかった、というものであるだろう。というのも、彼らはBuchanan-Tullock (1962)において投票ルール論を展開するに際して、社会の中に人々を分断する深刻かつ継続的な対立が存在しないという想定を置いている。彼らによれば、「憲法制定プロセスのわれわれの分析は、次のような社会とはほとんど関係をもたない。それは、予想される政治的結託の形成を促進するに十分なほど区別が可能な、社会階級、あるいは分離された民族的・宗教的・人種のグループ化、という鋭い裂け目によって特徴づけられており、そこでは、こうした結託のうちの一つが、立憲段階において明瞭に優越した立場を保持している社会である」(Buchanan-Tullock (1962) 81, 邦訳91)。さらに、彼らによれば、憲法の諸条項が妥当するであろう将来についての不確実性(不確実性のヴェール)のゆえに、それらの条項に関する人々の効用関数は似通うはずだという。



曲線 Δ : 憲法改正への交渉の費用曲線(憲法改正のルールと、特定の条項案を憲法に規定すべく多数派工作を行う場合にかかる交渉の費用との関係を示した曲線)

ψ 関連法案の審議の際に用いられる投票ルール案を憲法に規定する際の交渉に伴う費用(立憲段階の一番はじめの時点において、特定の個人が、その後に行われる投票ルール案の採否をめぐる交渉に伴って生じると予期する、時間および努力で計った費用)とそれぞれの憲法改正手続との関係を表したこの図において、外部費用曲線に相当する曲線が見られないのは、図2を図3

のサブゲームと考えずそれらを独立のものとして捉えた場合、投票ルールの憲法への挿入に伴う期待損失は必ず諸々の法律の制定・施行という形をとり、つまり曲線 C_1 としてすべて表されるからである(それに対して、投票ルール案に関する改正交渉の費用は、曲線 C_1 および D_1 に還元されない、独自のものである)。立憲段階の人々が皆 ψ 関連法案の審議にかかる投票ルールの必要性を認めるなら、当該ルールの憲法への挿入をめぐる問題は「男女の争い」型の利得構造をもち、このとき交渉費用の曲線は右上がりの形状になるから、改正に必要とされる同意の数が多いほど、条項案に関する憲法改正交渉の費用は大きくなる(立憲段階の人々の交渉を困難にするのは、各人が構想する相互依存費用曲線の形状それ自体ではなく、むしろ複数の相互依存費用曲線の分散であるとしたら、図2は図3のサブゲームではない。このとき、立憲段階の個人は図2と図3の双方のゲームをプレイする)。

なお、図2と図3はいずれも、立憲段階における特定の個人の期待費用を表したものであるけれども、図2は相互依存費用に関する他の人々の予想を反映しないのに対し、図3はそれらの人々の意見の相違を反映しており、最適な投票ルール案をめぐる人々の意見の相違は激しいと彼が考えた場合、曲線 Δ は上方に位置することになる。

図3 憲法改正への交渉に伴う費用

そうであれば、望ましい投票ルールをめぐる人々の意見の相違は仮にあったとしても大したものではないだろうし、特定の投票ルール案を憲法に規定すべく行われる交渉に伴う費用もある程度の範囲に収まるだろう

7 費用 g の算出において、憲法改正への交渉の費用 x_A の他にも考慮されるべき事項があれば、この式の右辺に含まれる変数の数はさらに増えるかもしれない。

う⁸。実際、ブキャナンとタロックは、相互依存費用が最小の投票ルール案については、立憲段階において N 人中 1 人の同意どころか、全員一致の同意が得られるだろうと主張している⁹。

とはいえ、ブキャナンらのかような想定は必ずしも妥当なものとは言えないだろう。彼らが暮らした合衆国をはじめ、現代の民主主義国家においてはふつう、その深刻さの程度はさまざまであれ、継続的な対立が存在している（たとえば、人種差別問題や妊娠中絶に関する問題を想起されたい）。また、今回の改正により憲法に挿入される条項に関わる不確実性についても、仮にその条項が今後妥当すると想定される期間について人々がそれぞれ異なる見通しを立てているのだとすれば、これに伴い彼らを覆う不確実性のヴェールには濃淡が生じるだろう。将来妥当すると想定される期間を短く捉えるほどその者の私的利益は明確になることを考えれば、さまざまな妥当期間の想定を行う彼らの効用関数は必ずしも似通ってはいないだろう。

そうだとすれば、ブキャナンとタロックのように費用 a と費用 g の比較をもとに公的処理の是非について検討する場合、実際には相互依存費用 h_1 だけでなく、憲法改正への交渉の費用 x_A をも考慮に入れる必要があるだろう。またこのことは、彼らの投票ルール論の基盤のうえに独自の憲法上の権利論を展開するミュラーについても同様に言えるだろう。彼は全員一致ルールのもとでかかる意思決定費用を削減するものとして憲法上の権利を捉えるに際して、投票ルール条項案の憲法への挿入に伴う交渉の費用 x_A も、さらには当該条項に代わるものとして権利条項案が提出された場合にその採否をめぐる展開されるだろう交渉の費用も、そのいずれについても言及していないけれども、実際にはこれらの費用についての検討は重要な位置を占めるに違いない。

かくして、これらの費用を考慮に入れた場合、憲法上の権利選択のメカニズムは次のようなものとなるだろう。特定の問題に関する法案審議の際に用いられるべき投票ルールについて、立憲段階の人々がそれぞれの費用予測を行っているものとしよう。そのような彼らの間での交渉により特定の投票ルールが仮に定まったとして、このルールのもとで公的な処理を行った場合にかかる費用 g （そのうちには投票ルール条項案の憲法への挿入に関する交渉の費用も含まれる）が、この問題を私的に処理した場合にかかる費用 a よりも少なく済むなら、この問題は立法府が扱う事項となる。もっとも、この問題を公的に扱った場合の外部費用曲線がかなり上方にあるのだとしたら（図2の曲線 C_2 ）、仮に投票ルールが規定されるのだとしてもそれは全員一致ルールに近い包括度の高いものとなるかもしれない。その場合、この包括度の高い投票ルールを憲法に規定するか、それともこれに代わるものとして憲法上の権利（防御権）を設けるかの検討を、立憲段階の人々が行うだろう¹⁰。仮に、そのような投票ルールを憲法に規定すべく行われる交渉に伴う費用と、権利条項を憲法に規定するための交渉の費用のあいだに大きな差がないのだとすれば¹¹、彼らとしては意思決定

8 ブキャナンとタロックは、「もちろんこの分析は、すべての個人が議論せずにルールを選択について同意すると示唆しているわけではない。当然、期待費用についての個人の評価はかなり異なる」（Buchanan-Tullock (1962) 80, 邦訳90）として、投票ルールに関する人々の同意が議論なしに成立することを否定するものの、そのすぐ後で「しかしながら、これらの相違は、意思決定ルールの働かないし機能に関する意見の対立を表わしているのであって、これらの相違は理性的な分析や議論によって調整可能なものである」（Buchanan-Tullock (1962) 80, 邦訳90）として、人々の意見の相違は大したものではないだろうとの見通しを立てる。

9 もっともブキャナンとタロックは、個々人の効用関数のあいだにはっきりとした差異があれば、立憲段階における全員一致の同意が阻まれる可能性はある、ということ認めているけれども。Cf. Buchanan-Tullock (1962) 95, footnote 5, 邦訳111注(5)。

10 権利化による便益次第では、必ずしも全員一致ルールが最適でない場合にも憲法上の権利は創設され得る。この点について、伊藤（2020）参照。

11 全員一致ルールのもとでの拒否権と憲法上の権利（防御権）の役割の同等性のゆえに、憲法改正への交渉の費用についても、投票ルール案をめぐる交渉費用と権利条項案をめぐる交渉費用とはあまり違わないかもしれない。あるいは、全員一致

費用を削減する目的から、憲法上の権利を設けることを選ぶだろう。

4. 権利に関する理論の精緻化および普及への投資

それでは、このような憲法上の権利創設のメカニズムに、それらの権利を人権として説明する理論や実証主義的に捉える理論の存在はどのような影響を与えるだろうか。もちろん、これにはそれらの理論の独自の性格が少なからず関わっているだろうけれども、概して言えば、このことについては、憲法上の権利に関する諸理論に共通の要因と、自然権論、実証主義的権利論に特有の要因とを分けて考えることができるように思われる。この節ではまず、前者の要因について考えてみよう。

憲法上の権利に関する諸理論が立憲段階の人々の選択に与えるかもしれない影響の第1は、権利条項案の採否をめぐる交渉に伴う費用の削減である。特定の権利に関する条項を憲法に規定すべきかどうか、規定する場合条文の文言はどのようなものにするか、等々に関して立憲段階の人々のあいだにさまざまな意見があるものとしたとき、独自の権利条項案を提示している人々は、憲法改正に必要な多数の同意を獲得すべく、他の人々への説得を試みるかもしれない。改正が検討されている条項案が多分野にわたって複数ある場合には票の取引(ログローリング)を持ちかける等、説得の方法はいくつもあるだろうけれども、なぜそのような条項が必要なのか、そのような条項が設けられたならば将来の人々にとってどのような便益があるのか等について、意見を異にする人々でも受け入れられる根拠に基づき当該権利条項案の正当化を行う理論を参照しながらの説得は、そのなかでも主要な方法であるだろう。もしそのような正当化の理論を精緻化し、さらにこれを人々のあいだに普及させる(大学で教えたり、教科書を書いたり、テレビCMを作成・放映する等の方法により)よう努めたならば、賛成派に転ずるよう反対派の人々を説得し、また現在のところ賛成派である人々が反対派に転ずることのないよう当該条項案への選好を強化するために支払われなければならない費用は、そうでない場合よりも抑えることができるかもしれない(その場合、図3の曲線Aは下方に収縮する)。

憲法上の権利に関する諸理論が立憲段階の人々の選択に与えるかもしれない影響の第2は、権利条項の文言の操作、および当該条項の解釈の誘導を通じた、外部費用の削減である。立憲段階の人物が権利条項の文言を、自らにとって望ましくない立法を排除するような内容にすることができれば、あるいは仮に文言自体は(後述の、他の人々の同意を獲得するため等の理由で)抽象的な内容とせざるを得なかったとしても、出来上がった条項の解釈を自らにとって有利な方向へと誘導することができれば、その分だけ将来の立法段階における望ましくない権利規制立法の成立に伴う期待損失は減少するだろう(その場合、図2の曲線C₂は下方に収縮する)。もしそのような文言の操作、あるいは解釈の誘導に、当該権利に関する理論が大きな役割を果たすのだとすれば、立憲段階の人々としては、そのような理論を積極的に活用しようとするだろう。

かくして、立憲段階の人々は、これらの目的のために当該権利に関する理論を精緻化し、さらに人々のあいだにこれを普及させる(自分自身でこれらのことを行うのであれ、他者が行うのを支援するのであれ)ことに投資するインセンティブを有するだろう。ブキャナンは、「相互関係にあるひとびとは、他のひとびと

ルールに代えて憲法上の権利を創設したならば立法段階における意思決定費用が削減されることから、立憲段階の人々はみな権利の創設に賛同し、その結果権利条項案をめぐる交渉の費用はむしろ小さくなると考えられるかもしれないが、もっともその場合、権利条項の創設に伴って生じるだろう私人間適用等の効果により、全員一致ルールのもとでは無かった利害対立が立憲段階の人々の間に生じるかもしれない。かくして、投票ルール案をめぐる交渉費用と権利条項案をめぐる交渉費用については、そのいずれが大きいかということを一概に述べるのは困難である。そして、仮にそれらの費用のあいだに大差がないと仮定するならば、全員一致ルールのもとでかかる諸費用と憲法上の権利条項のもとでかかる諸費用を比較する際、それらの交渉費用については無視することができるだろう。

の行動を修正することに経済的利害をもっており、彼らは、この見通しが技術的に可能であるならば、「行動の修正」に投資することによってこの経済的利益を促進しようとするであろう」(Buchanan (1991) 185, 邦訳201)と述べたけれども¹²、立憲段階の人々はこれと同様のことを、憲法改正への交渉の費用および外部費用の削減という目的から行うかもしれないのである(理論の精緻化の背景には、もちろん、「真理の探究」等の学問的関心が多かれ少なかれあるだろうけれども)。

もっとも、このような観点からの理論の精緻化、普及への投資には、一定の限度がある。というのも、たとえばある社会において、移転の自由に関する条項が憲法に規定されていないことに不満を持った3つの集団S、T、およびUが、この条項の創設へ向けて活動しているものとしよう。その際、集団Sは深夜の外出を制限する制約条項を同時に置くことを望んでいるのに対し、集団Tはたとえそれが犯罪の防止のためであろうと移転の自由への一切の制限に反対しており、さらに集団Uは将来自分たちが深夜の外出制限によって便益を得るかまったく不明確であることからこの点についての立場を保留しているものとする。

このとき、そのような権利に関する理論への投資は、自らが将来置かれる立場についての予測に相応したものとなるだろう。たとえば、集団Uにとっては、深夜の外出制限についてその是非を論じる理論の精緻化あるいは普及への投資は割に合わないだろう。

また、反対派の態度を逆に硬化させてしまうような投資も不合理である。たとえば、深夜の外出制限に関する文言が権利制約条項に記載されるように、あるいはそうでなくても当該条項の解釈としてそのことが認められるように、特定の理論を展開するインセンティブを集団Sが持っているとしても、仮に集団S単独では憲法改正に必要な多数に達しておらず、改正の実現のためにはどうしても集団Tの賛同が必要であるとしたなら、集団Sとしては敢えて対立点を強調するような理論を前面に出すことは控えるかもしれない。彼らは、集団Tの同意を取り付けるべく深夜の外出制限については触れない抽象的な内容の条項案を提示しつつ、仮にこの案が通ったならば、当該条項の解釈を誘導すべく改めてそのような理論の普及に努めるだろう。

さらに、憲法改正への交渉の費用および外部費用の削減という目的を超えた過剰な投資も不合理である。深夜の外出制限を憲法に書き込むためには、集団Tの賛同は必要なく集団Uの賛同だけで十分なものとしよう。また、集団Sは集団Tよりは説得の容易な集団Uの同意を取り付けるべく、彼らも共有可能な論拠をもとに深夜の外出制限を正当化する理論を、テレビCMを使って普及させようと試みるものとしよう。もっとも、CMを流すにしても、その内容、放送する時間帯、番組、放送回数等に応じて、かかる費用はまちまちである。仮に、一定期間の放送の契約を行うのだとしても、これにより却って交渉全体の費用が増大し、さらに外部費用の削減による便益を考慮してもなお費用超過というのでは意味がない。かくして、集団Sとしては、それらの便益に見合ったレベルの放送に留めようとするだろう¹³。

5. 自然権論と実証主義的理論の影響

5-1. 外部費用その1：国家権力の監視

つぎに、憲法上の権利に関する自然権論、さらに実証主義的理論に特有の要因について考えてみよう。ゲー

12 他の人々の行動の修正へ向けた道徳理論の普及への投資については、シャベル(2010)706も参照。

13 ブキャナンによれば、「倫理的相互依存関係の存在を認識するひとびとの側での単純な効用極大化が、社会的相互関係における他のひとびとによる一方的な行動の変化を確保するために資源の何らかの投資を命じるのは、そのような投資がある範囲にわたって、機会費用以上の報酬を生み出す場合だけである。そして、もちろん、合理性の規範によれば、そのような投資の範囲は、ここで期待される限界生産物が他の投資の場合と等しくなるところで決定されることになるであろう」(Buchanan (1991) 185, 邦訳201)。

ム理論家のケン・ビンモアは、憲法に規定された諸権利が自然権的な人権として説明されることに對し、その場合人々による国家権力の監視が疎かになるだろうとして、次のような主張を行う。

私たちが何であれ自らの持つ権利を維持できるのは、私たちの多くが十分な力を集団として確保し、権威主義者たちにはこれを奪い取ることができないからに他ならない。この厳しい現実を隠蔽するプロパガンダはいかなるものであれ、圧政下に生きることを望まない私たちにとっての脅威である。不可譲の自然権に関するレトリックは——短期的にはどれほど効果があろうとも——すべて放棄したほうがよいだろうと私は考えている。自由の代価として常に警戒を続ける必要はないと子供たちに思わせてしまっただけなのである。(Binmore (2011) 94, 邦訳142)

たとえば、憲法に規定された諸権利が自然権的な人権であるなら、それらの権利は前国家的、前憲法的なものとして仮に国家権力による侵害があったとしても変わらず妥当するものであるから、そのような侵害に對して目くじらを立てる必要はないだとか、あるいはそれらの権利が自然権的な人権であるなら啓蒙されたすべての人がこの権利の重要性を認識しているはずであり、したがって多数派の人々も彼らを代表する議会の多数派もそれらの権利を真剣に捉えるはずであるから、彼らによる立法権の行使に對して神経質にこれを監視する必要性は小さいと、少なくとも数の人々が考えるものとしよう。あるいはまた、憲法に規定された諸々の権利条項とは人権一覧の確認リストであるから、そこに多数派の人々の利益など絡んでいようはずがないと、多くの人々が考えるものとしよう。このとき、そのような信頼のもとに特定の問題に對して少数派の立場にある人々が政治に對する緊張感を失い、政治的集会への参加や投票にかかる情報収集、さらに投票所に足を運ぶこと等の政治的行動にかかる費用を削減したとするなら、結果として多数派の人々は少数派にとって望ましくない内容の法案を、そうでない場合よりも容易に成立させることができるだろう。それら少数派の立場に将来属するだろう確率を高く見積もる立憲段階の人々にとって、このことは外部費用の増大として現れるだろう。

人々による国家権力の監視に對するこのような見解は、H. L. A. ハート (Herbert Lionel Adolphus Hart) の次のような主張の「憲法上の権利」版と言えるかもしれない。

法的妥当性について狭義の概念〔自然法論〕を採るよう教育・訓練を施し、妥当だが道徳的に邪悪な法の存在の余地をなくすことが、組織化された権力の威嚇に直面したとき、悪に抵抗する意志を堅固にするとか、服従を要求された折りに何が道徳的な要点かをより明瞭に認識することにつながることは、到底考えられない。人間は、他者を支配するのに十分な程度の協力を得られたなら、彼らは法を支配の手段として用いる。邪悪な人々は邪悪なルールを制定し、それを他者に執行させる。権力の公的な濫用を明晰に直視し對決するために必要なのは、何か法的に妥当するという認定は服従の可否を結論づけるものではないし、公的秩序がどんな偉大さや権威の光で包まれていようとも、公的秩序の要求は、結局は道徳的な精査に服すべきだという感覚を持ち続けることである。公的秩序の外側に大事な何かがあり、最終的にはそれに訴えかけることで、服従の問題に決着を付けるべきだというこの感覚こそ、法的ルールは邪悪であり得ると考える人々が持ち続ける感覚である——邪悪なものは法としての資格を持つはずがないと考える人々はそうではないだろう。(Hart (2012) 210, 邦訳326)

もちろん、憲法に規定された諸権利を自然権的な人権として捉えるかという問題と自然法論的な法概念を採用するかという問題とは別のものであり、自然権的な説明が与えられたからといって、議会において邪悪な

(つまり権利条項に抵触する)法律が作られるはずがないと、人びとが法の妥当性の問題として考えるかどうかは定かではないけれども(諸権利に与えられた自然権的な説明からの教育的効果として、自然法論を奉じる者が現れるということはあるかもしれないもの)。

他方、自然権的な人権論のもとでの国家権力の監視に関する以上のような主張に対しては、むしろ自然権的な説明がなされた場合のほうが国家権力への人々の監視は強まる、との反論もあり得よう。ハートが上述の主張を行うきっかけとなったグスタフ・ラートブルフ(Gustav Radbruch)の次の主張をこそ、説得的だと考える者もいるかもしれない。

まことに、実証主義は、《法律は法律だ》というその確信によって、ドイツの法曹階級から、恣意的かつ犯罪的な内容をもった法律に対して抵抗する力を奪い去ってきた。(ラートブルフ(1961)259)

その場合、ラートブルフ的な見解をもった立憲段階の人々は、今回の改正により憲法に規定された諸権利に将来実証主義的な説明が与えられるだろうと予測した際には、むしろ外部費用を高く見積もるかもしれない。

5-2. 外部費用その2：法適用機関の動向

民主的社会において、国民による権力の監視およびそれに伴う政治的行動が最も期待されるのは立法の場合であるだろうことから、前節では権力の監視に関する問題を主に立法との関わりにおいて論じたけれども、もちろんそのような監視は本来、行政や司法の場でも想定されるだろう¹⁴(外部費用とは立憲段階の人々にとって望ましくない内容の法案が将来可決成立し適用されるだろうことの予測に伴う期待損失を指すから、(1)そのような望ましくない内容の法案が議会に提出され可決されるかもしれない可能性と、(2)成立した望ましくない内容の法律が行政機関や裁判所において適用されるかもしれない可能性、の双方が考慮される)。もっとも、行政や司法の場においては、このほかにも外部費用を左右する要因が考えられる。

たとえば、そのひとつは、「切り札としての権利」という観念である。「人権という理念は、(憲法上の)権利のコンセプトを離れ、国家承認の正統性基盤として用いられたり、また、人道的介入の根拠を提供したり、さらには、世界的なレベルでの共存共栄や相互扶助の理念としても、存在し用いられている」(駒村(2010)12-13)けれども、憲法上の権利のコンテクストにおいてしばしば人権という観念が持ち出される典型的な場面としては、松本によれば、既存の権利条項に関して「切り札としての権利」という説明を行う場合や、新たな憲法上の権利を主張する場合などが挙げられるという¹⁵。そこで、憲法に規定された一部の権利を自然権的な「切り札」として理解し、裁判等の場での公共の福祉等を理由とした権利の制約を否定するロナルド・ドゥオーキン(Ronald Dworkin)や長谷部恭男の理論¹⁶が、仮に将来一定程度の広がりを見せ、

14 ミュラーによれば、「ただ憲法のなかに諸権利を書き込むだけでは、それらの権利の施行は保障されない。……彼女は、それぞれの市民を他の市民らの行為から守り、そしてすべての市民を政府の内部にいる者の行為から守るというただ1つの任務を負うものとして、司法部門を創設しなければならない。政府それ自体を創設する際と同様に、この『特別な部門』を創設する際、市民は古典的なプリンシパル・エージェント問題に直面する」(Mueller(1999)386、傍点は原文)。一般にプリンシパル・エージェント問題において、プリンシパルはエージェントを何とか監視しようとするわけだが、しかしビンモアに従うならば、自然権的な人権論の普及はこの場合のプリンシパルによる監視を弱めるかもしれない。

15 松本は人権観念への訴えかけがなされる典型的なケースとして、ほかに「普遍性の理念を追求する場合」を挙げるけれども、これは国際法に関するものであるためここでは論じない。松本(2007)43参照。

16 長谷部は憲法に規定された諸権利を「公共財」としての権利と、「切り札」としての権利に二分する。このうち公共財としての権利とは、社会の利益を増大させる公共財としての価値を有するがゆえに憲法に規定された権利であり、ドゥオーキンのいわゆる「政策」(policy)的思考のもとでの功利主義的計算に基づくものとして、場合によっては公共の福祉を根拠

行政機関や裁判所がこれを受入れることが予想されるものとしよう。このとき、それらの機関がこの理論の影響のもとで権利条項に与えるだろう強い保護が、当該条項を創設するうえでの立憲段階の人々の意図に概ね合致するものであるなら、彼らとしては望ましくない権利規制立法の適用がその分だけ減るとして、外部費用を小さく見積もるかもしれない。

また、新たな憲法上の権利の主張ということについても、裁判等における包括的基本権条項を根拠とした権利主張については、同様のことが言えるかもしれない。将来、新たな権利の主張が裁判の場で行われるとしたら、上述のようにこれを人権として特徴づけたほうがその権利性を裁判所から認められる可能性は高いだろうと立憲段階の人々が考えるものとしよう。このとき、人権論の広がりのもとでそのようにして認められた新たな権利が立憲段階の人々にとって望ましいものであるなら、このことは当該権利を規制する法律の適用を排除する限りにおいて、彼らにとっての外部費用を減少させるだろう（逆に、その種の権利創出が立憲段階の人物にとって望ましいものでないなら、このことに伴い可決・適用されるべき立法が排除される分だけ、むしろ外部費用は増大するかもしれない）。

もっとも、このような外部費用の減少という効果は、必ずしも自然権的な人権論のもとばかりでなく実証主義的な権利論のもとでも生じるかもしれないし、あるいはむしろ後者の理論のもとでその効果はより大きくなるかもしれない。というのも、松本が述べるように、敢えて「切り札」として捉えずとも、国家権力の創出と統制のための法規範という憲法の性格から当然に、憲法に規定された諸権利の防御権としての性格は導かれるだろうし（松本（2007）30-31）、また自然権という曖昧なものに頼るよりも、諸々の費用の比較のうえで立憲段階の人々が強い保護をそれらの権利条項に与えることを選択したという事実を明確に示すことによってこそ、裁判所はそれらの権利を十分に保護するだろうと当の立憲段階の人々は考えるかもしれない。

また、仮に「切り札」として権利が理解されることでその保護は強くなるのだとしても、逆にその保護が強くなりすぎ、「問題になっている論点が妥協の余地のないものになりかねない現実的な危険がある」（イグナティエフ（2006）58）というのであれば、却って外部費用は増大しかねない。特定の権利条項を設ける際に、立憲段階の人々が一定の範囲の規制立法を許容する意図をもっているものとしたとき、「切り札」としての理解が広まることで当該権利が過剰に保護されることは、望ましい権利規制立法の適用をも排除する結果となるかもしれない。

5-3. 憲法改正への交渉の費用

「人権かそれとも憲法上の権利か」という問題は、権利条項案の採否をめぐる交渉の費用にも影響を与えるかもしれない。上述の通り、松本は日本国憲法のなかに「基本的人権」という語が入れられた経緯につい

とした制約を免れない。他方、切り札としての権利とは、人々の自律という価値によって基礎づけられるものとして、社会全体の利益に反するとしても保障されねばならないものであり、これのみが人権として位置づけられるものとされる。

この理論を長谷部は主に司法の場を想定した解釈論として展開しているように思われるけれども、同様にそれは立法の場における実践的指針（権利規制立法を作る際の）としても、また憲法に権利条項を挿入する際に考慮される事項としても働くかもしれない。この最後の場合、立憲段階の人々は、立法段階における諸費用にこの理論が与える影響の予測という間接的な形ではなく、それらの考慮とは無関係に「切り札」としての性格を権利条項に与えることを求められるだろう（仮に、立憲段階の人々が諸々の費用に関する計算に基づき、特定の権利条項に強い保護（立法段階においてあたかも「切り札」として捉えられるような）を与えたとしても、この理論のもとではそれは「切り札としての権利」とは認められないだろうし、そもそもこの考え方のもとでは、諸費用についての計算それ自体が排除されるだろう）。もちろん、その場合でも、必ずしも立憲段階のすべて者がそのような規範的要請に従い、権利条項の創設に際して諸費用に関する考慮を度外視するとは限らないわけであるが。なお、「切り札」としての権利に関して、Dworkin（1985）359-65、邦訳423-30、長谷部（2016）73-81、93-96参照。

て、人権という概念のもつプラスイメージによりかかったものである旨を述べたし、また石川も、人権という観念が有する「道徳的駆動力」(石川(2007)9)あるいは「国民一般への訴求力」(石川(2007)5)をもとに、戦後の憲法学が政治思想としての「人権」論と「憲法上の権利」論とを戦略的に混同した旨を述べているが、これらの主張からは、戦後の一定の時期に、憲法に規定された諸権利を「人権」として特徴づけることが、それらの権利の受容を人々に働きかけるうえで有利に作用したことが浮かび上がる。仮に日本国憲法の制定の際に国民投票のようなものが必要だったとしたなら、憲法の起草者たちにとっての期待交渉費用は、諸々の権利条項案に「人権」という説明が与えられることで、ある程度低く抑えられたかもしれない。

また、実証主義的な権利論の広まりは、憲法改正への交渉の費用を高くするかもしれない。上述の通り、この理論の普及には憲法さえも相対化する批判的視点を人々に与えるという効果があるのだとすれば、仮に立憲段階の人物自身は権利条項の内容に何らの問題点も見出していないのだとしても、将来立法段階においてこの理論の影響のもとと少なくない数の人々が真剣な批判的検討の結果当該条項に問題を見出すだろう可能性を踏まえ、この条項について想定される妥当期間を短く見積もるかもしれない。その場合、想定妥当期間が短くなる分だけ立憲段階の人々の効用関数が多様性を増すのであれば、それにより条項案をめぐる交渉は多少とも困難になるかもしれない。

もっとも、自然権的な人権論の普及が、つねに憲法改正への交渉の費用の削減につながるかは分からない¹⁷。社会の状況次第では、たとえばリチャード・ポズナー(Richard A. Posner)が憲法上の権利の正当化根拠として挙げた「過酷で費用のかかる形態の富の再分配の防止」(Posner(2007)685)などの経済的事柄を前面に掲げて説得を行ったほうが、人々による承認を容易に獲得できるかもしれない¹⁸。

6. おわりに

ここまで、憲法上の権利に関する諸理論との関わりで立憲段階の人々の費用予測に与えられるかもしれない影響のいくつかについて述べてきた。これらの影響の集積は、いかなる場合に憲法上の権利を創設するか、その際にどのような内容の権利条項、権利制約条項を設けるか、等についての彼らの選択を左右するかもしれない¹⁹。たとえば、ビンモア的見解をもった立憲段階の人物は、仮に「人権」という語が憲法に入れられ

17 たとえば神学的な根拠をもとに条項案に示された権利が人権として説明されたり、あるいは条項案の文言のうちにそのような神学的内容が盛り込まれた場合、自らが信仰する宗教が不利に扱われること(外部費用の増加)を恐れる人物は、そのような条項案に反対するかもしれない。また、自然権的な理解の広まりによる上述のような国家権力への監視の低下により外部費用が増大することを理由に、当該条項案に反対する者もいるかもしれない。

ところで、ここには、将来の立法段階における外部費用の高さゆえに権利条項案に関する交渉が困難になるという構図があるが、これは外部費用と意思決定費用の依存性というタブーを犯していないことに注意しよう。立法に伴う外部費用と意思決定費用は独立の関数でなければ相互依存費用の論理(外部費用と意思決定費用を足し合わせた相互依存費用が最小の投票ルールが最適であるという)が成り立たないけれども、権利条項案に関する交渉の費用は諸々の法案に関する交渉の費用たる意思決定費用とは別個のものであり、相互依存費用を構成するものではない。

18 憲法上の諸権利が設けられる理由についてポズナーは次のように述べる。「ある人物の財産を補償なしに奪ったり、彼を奴隷にしたり、あるいは彼による宗教の実践を妨げたりするといった強要を立法府の権力の範囲外に置くことで、憲法は、富の再分配(広範に定義された)に関する政治権力が作り出すリスクを減らし、そのうえさらに脅威を受けた集団による自己保全のための支出を減少させる。」(Posner(2007)685)

19 立憲段階の人々が、特定の行為の保護を人権として捉えていたとしても、このことは憲法上の権利条項の創設を必ずしも伴わないかもしれない。当該行為の保護を人権として捉えることは、この行為に対する規制立法にかかる外部費用曲線を上方にシフトさせ、その結果全員一致ルールが最適になるかもしれないが、彼らはこのルールのもとでの拒否権を以て人権の具体的表現として理解するかもしれない。

ることが避けられないという状況のもとで、このことに伴う外部費用の増加を踏まえ、ともに置かれる権利制約条項の文言を特定のな内容のものにしようとするかもしれない。

これらの問題についての検討は非常に興味深いものであるけれども、紙幅の都合上、これについては機会を改めて行うことにしたい。

〈参考文献〉

- 芦部信喜 (2019) 『憲法〔第七版〕』 岩波書店。
- イグナチエフ, マイケル (2006) 『人権の政治学』 エイミー・ガットマン編, 添谷育志・金田耕一訳, 風行社。
- 石川健治 (2007) 「『基本的人権』の主観性と客観性——主観憲法と客観憲法の間」『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』 岩波書店。
- 石崎学 (2016) 「憲法上の権利の再構成——法実証主義憲法学・試論」『龍谷法学』 49(1), pp.1-16.
- 伊藤泰 (2012) 『ゲーム理論と法哲学』 成文堂。
- 伊藤泰 (2018a) 「社会権の公共選択的基礎づけ」『公共選択』 69, pp.5-23.
- 伊藤泰 (2018b) 「議会における投票ルールと相互依存費用」『北海道教育大学紀要 (人文科学・社会科学編)』 69(1), pp.85-95.
- 伊藤泰 (2019) 「憲法上の権利の制限」『公共選択』 72, pp.7-27.
- 伊藤泰 (2020) 「憲法上の権利が設けられるための条件」『北海道教育大学紀要 (人文科学・社会科学編)』 71(1), pp.47- 62.
- 奥平康弘 (1988) 「“ヒューマン・ライツ”考」『戦後憲法学の展開 和田英夫教授古稀記念論集』 日本評論社。
- 駒村圭吾 (2010) 「人権は何でないか——人権の境界画定と領土保全」井上達夫編『講座 人権論の再定位5 人権論の再構築』 法律文化社。
- シャベル, スティーブン (2010) 『法と経済学』 田中亘・飯田高訳, 日本経済新聞出版社。
- 高橋和之 (2020) 『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』 有斐閣。
- 長谷部恭男 (2016) 『憲法の理性〔増補新装版〕』 東京大学出版会。
- 松本和彦 (2007) 「基本的人権の保障と憲法の役割」『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』 岩波書店。
- 宮沢俊義 (1971) 『憲法Ⅱ〔新版〕』 有斐閣。
- 宮沢俊義 (1978) 『全訂日本国憲法』 日本評論社。
- ラートブルフ, グスタフ (1961) 『ラートブルフ著作集 第4巻』 尾高朝雄・野田良之・阿南成一・村上淳一・小林直樹訳, 東京大学出版会。
- Binmore, K. (2011), *Natural Justice*, New York, Oxford University Press (栗林寛幸・須賀晃一訳 (2015) 『正義のゲーム理論的基礎』 NTT出版)。
- Buchanan, J. M. (1991), *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, The University of Michigan Press (加藤寛監訳 (1992) 『コンスティテューショナル・エコノミックス』 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)。
- Dworkin, R. (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press (森村進・鳥澤円訳 (2012) 『原理の問題』 岩波書店)。
- Hart, H. L. A. (2012), *The Concept of Law*, 3rd. ed., Oxford, Oxford University Press (長谷部恭男訳 (2014) 『法の概念〔第3版〕』 筑摩書房)。
- 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. (1999), “On Amending Constitutions,” *Constitutional Political Economy*, 10, pp.385-396.
- Mueller, D. C. (2003), *Public Choice III*, New York, Cambridge University Press.
- Posner, R. A. (2007), *Economic Analysis of Law*, 7th. ed., New York, Aspen Publishers.

(函館校教授)