

Title	公共選択と行政法：憲法上、いかにして行政主体と対する 私人の権利が生み出されるか
Author(s)	伊藤，泰
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.53, 2012.3：342-366
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/repos/modules/xoonips/detail.php?item_id=4238
Rights	



聖学院学術情報発信システム：SERVE

SEigakuin Repository and academic archiVE

公共選択と行政法

——憲法上、いかにして行政主体に対する私人の権利が生み出されるか

伊 藤 泰

はじめに

憲法を構成するさまざまな条項は、どのような背景のもとに作られるのだろうか。もちろん、この問いに対する答えは、この問いを歴史的な観点から捉えるのか、あるいは人びとの心理的な観点から捉えるのか、といったことによつて変わってくる。人びとの合理的な選択の観点からこれを考えるというのも、そのひとつである。⁽¹⁾

公共選択論の領域において、人びとの合理的な選択の観点から憲法の諸条項の起源を説明したさがけは、ジェームズ・ブキャナン (James M. Buchanan) の議論であつた。⁽²⁾ 彼は、(1) 集合的決定によつて自らに課される費用、および(2) 集合的行動をとるにあつて人々と交渉を行うことに伴う費用という二種類の費用をもとに、新たに憲法を起草しようとしている立憲段階における人びとは、議会において用いられる投票ルールを憲法の中に規定するであろうと論じたのである。

もつとも、この議論のもとで説明されているのは、憲法の諸条項のうちでも、法案の採決の際に用いられる投票ル―

ルについてのそれにとどまる。統治機構に関わるそれ以外のさまざまなルールや権利章典といった、他の種類の条項については触れられていない。

この穴を埋めたのは、ブキャナン自身ではなく、彼のひとつ下の世代の公共選択論の学者である、デニス・ミュラー(Dennis C. Mueller)であつた。彼は、ブキャナンの論理を拡張することで、憲法上の権利についての選択の論理としても用いることができることを示したのである。

そうであるとすれば、このミュラーの論理のもとで、憲法上のさまざまな権利はどのような姿を示すのだろうか。本稿はこのことを、ミュラーのシンプルな構図のもとでは触れられてはいない、さまざまな制度による介入から人びとを守るものとしての権利の例として、行政主体に対する私人の憲法上の権利をもとに、考えてみたい。

ミュラーは、ある私人による立法権力を用いた介入から他の私人を守るものとして憲法上の権利を理解し、そのような権利を立憲段階における人びとはどのように選択するかを問題にする。しかし、この議論からは、憲法に根拠を置く権利のうちでも行政府に対して私人が有するそれは直接には出てこない(行政は法律を自動的に執行する装置だということなら別だが)。というのも、法律の留保の問題に示されるように、行政による介入は立法による介入とは異質の側面を有するからである。そこで本稿では、ミュラーの枠組みを拡張し、行政による介入から私人を保護する憲法上の権利が選択される状況について描いてみようと思う。

第1節 投票ルールの選択

議会に提出されたさまざまな法案の採決を行う際には、単純多数決をはじめとした何らかの投票ルールが用いられ

る。だが、投票ルールに関する規程を憲法の中に置くとき、立憲段階における人びと、つまり新たな憲法の制定あるいは既存の憲法の改正に携わっている人びとは、どのような理由からどのような種類のルールを選ぶのだろう。公共選択論の創始者のひとりであるブキャナンは、ゴードン・タロック (Gordon Tullock) との共著である『合意の計算』において、この問題に対して人びとの合理的な意思決定の観点から次のような説明を行った。⁽³⁾

はじめに、何らかの問題について (それは、「歯を磨くことから核軍縮に至るまで」⁽⁴⁾)、どのような問題であつてもいい)、これを純粹に個人的な行動によつて行おうとする場合にかかる費用を a 、自発的に組織された集団行動によつて取り組む場合の費用を b 、さらに国家権力を用いて解決しようとする場合の費用を g としよう。このとき、もしそれらの費用の大きさが $a \leq b \leq g$ というようなものであるなら、合理的な人間ならばこの問題を処理するために国家の手を借りたりはしないだろう。他方、それらの費用の大きさが $a \leq g \leq b$ というものであるなら、彼らは国家を費用削減の道具として利用することを考えるだろう。

もつとも、国家権力を用いて問題の処理を行う場合、そのための集合的決定がどのような仕方で行われるかに応じて費用の大きさは違ってくる。もし当該国家が民主的国家で、集合的決定において用いられる投票ルールとして単純多数決が採用されているならば、この問題についての決定が行われる際、それが個々人にとってその意に反する内容のものとなる可能性は捨てきれない。それに対して、もし全員一致ルールが採用されているならば、その問題に関して人びとが合意に至る可能性は低いかもしれないが、しかし他方で個々人の意に反する決定が行われる怖れは一切なくなる。

このことは、外部費用 (external costs) 、および意思決定費用 (decision-making costs) という二種類の費用によつて説明することができる。はじめに外部費用とは、ここでは、望ましくない集合的意思決定によつて人びとに課される費用を意味する。一般に、特定の問題を処理するために行われる集合的決定において、議題の可決のために必要とされている人びとの割合 (たとえば単純多数決のもとでなら $1/2$) が大きくなるほど、外部費用は小さくなると考えられる。

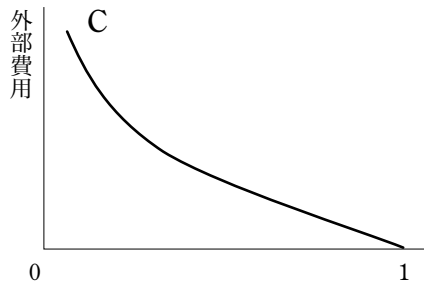
これは、投票ルールが全員一致ルールにより近くなる（より包括的なものになる）につれて、個々人の意思に反する決定がなされる確率は減るからである。最終的には、集合的決定における投票ルールとして全員一致基準が採用されている場合に、これらの外部費用はゼロになるだろう（図1参照）。

次に意思決定費用とは、集合的決定を行うにあたって他の人びとと交渉を行うことに伴う費用を意味する。ただし、意思決定を行うに当たって個人の内に生じる心理的な負担については、ここでの費用には含めない。一般に、投票ルールのもとで合意が求められる人びとの割合が大きくなるにつれて、それらの人びとの合意を取り付けるための交渉に伴う費用は多くなると考えられ、全員一致基準に近づくにつれてその値は非常に大きなものとなる（図2参照）。これは全員一致に近い基準のもとでは、ひとりひとりが拒否権をもつと同じことになり、自らの「同意」を高く売ることが可能になるためである。

このように、特定の問題の処理を集合的決定を通じて行おうとする場合、そこで用いられる投票ルールがどのようなものであるかに応じて、人びとのうえにかかる費用は異なってくる。それぞれの投票ルールのもとでかかる外部費用と意思決定費用を足し合わせたものを相互依存費用（interdependence costs）と呼ぶとすれば、それぞれの投票ルールのもとでの外部費用と意思決定費用の大きさがたとえば図1と図2のようなものである場合には、相互依存費用関数の形状は次のようなものとなるだろう（図3参照）。

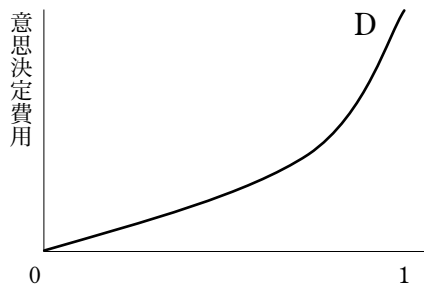
特定の問題の処理を集合的決定にゆだねた際にかかる費用がこのようなものである場合、人びとはこの問題に関する集合的決定において用いられる投票ルールを変えることで、自らに課せられる費用を軽減することができる。たとえば図3の状況において、もし集団のなかの m の割合の人びとの同意を求めるような投票ルール（ m ルール）が集合的決定に際して用いられるならば、問題の処理を公的な規制にゆだねることによって人びとにかかる費用は最小のものとなるだろう（もつとも、ここでの相互依存費用というものは、不確実な状況下において将来を見越しての期待費用であると

図1



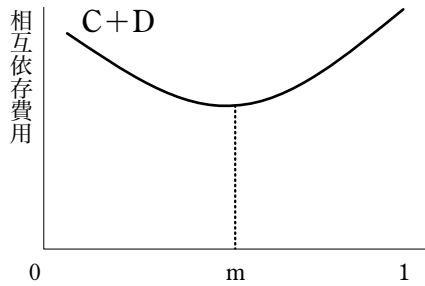
この図において横軸は、ある集団の中で集合的決定を行う際に、それぞれの投票ルールのもとで法案の可決に必要なとされる人びとの集団全体に占める割合（「人数」ではないことに注意）を表す。この場合、右のほうに行くほど全員一致に近い包括的なルールということになる。また、縦軸はそれらの投票ルールのもとで集合的決定を行った場合にかかる外部費用を表す。

図2



この図における横軸は、図1の場合と同様にそれぞれの投票ルールのもとで必要とされる人びとの集団全体に占める割合を表す。また縦軸は、それらの投票ルールのもとで集合的決定を行う際にかかる意思決定費用を表す。

図3



縦軸は外部費用と意思決定費用を合わせた費用である相互依存費用の高さを表す。図1の曲線Cおよび図2の曲線Dを垂直方向に足し合わせることで、このような曲線が得られる。

いうことに注意してほしい)。したがって彼らは、その問題の処理を公的規制にゆだねるのだとすれば、その前提として、mルールが集合的決定に際して用いられるべきことを求めるだろう。

かくしてブキャナンとタロックは、憲法を新たに起草しようとしている人びとは相互依存費用の最小化という観点から、特定の問題の処理を集合的決定の対象とするかどうか、また集合的決定の対象とするにしてもその際どのような投票ルールを用いるかについての選択を行い、これを憲法の諸条項として具体化するであろうと論じているのである。⁽⁵⁾ もしその問題を集合的決定によって処理する場合にかかる最小の相互依存費用が、当該問題を私的な処理にゆだねた場合にかかる費用と比べて安価であるなら、彼らは適切な投票ルールを設定したうえでこの問題を公的規制にゆだねることを選ぶであろう。⁽⁶⁾ 相互依存費用最小化の論理からは、このような結論が導かれる。

第2節 憲法上の権利の創造

相互依存費用最小化の論理は、直接的には、憲法の諸規定のうちでも立法段階において諸々の法制定の際に用いられるべき投票ルールの起源について、人びとの合理的な選択の観点から説明を行うものである。しかし、ブキャナンやタロックのひとつ下の世代の公共選択論の学者であるミュラーは、この論理が投票ルール以外の種類の憲法上の規定を説明する際にも援用可能であることを示した。彼によれば、憲法上の権利についての人びとによる選択もまた、相互依存費用最小化の論理によって説明可能であるといふのである。⁽⁷⁾

はじめに、憲法上の権利を次のように定義することしよう。

定義…権利とは、他の人びと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である。⁽⁸⁾

このとき、このようなものとしての権利が憲法の中に書き加えられるためには、(1)負の外部性、(2)意思決定費用、(3)集合的行為に関して期待される利得に比べて非常に大きな損失、および(4)立憲段階における不確実性、という四つの条件が必要である。

(1) 負の外部性…権利の設定が必要とされるのは、負の外部性を生み出す行為についてのみである。というのも、ある者が行う行為についてこれが負の外部性を生み出すのでなければ、彼以外の者はこの行為をやめさせようとする動

機づけをもたないであろうし、それゆえ彼らによる介入からその行為を保護するものとしての権利は必要ないからである。

(2) 意思決定費用…意思決定費用がかりにゼロであつたならば、憲法上の権利を設ける必要はない。というのも、(i) 意思決定費用がゼロである場合、相互依存費用を最小化する投票ルールは外部費用がゼロである地点、すなわち全員一致ルールとなるであろう。また(ii) 集合的決定について話し合われる会議は絶え間なく継続的に召集されうることとなり、しかもこの会議における投票ルールは全員一致ルールであるため、負の外部性を生み出す行為を行う人びと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なり、単にそれらの会議において拒否権を行使しさえすればよいことになろう。

要するに、憲法上の権利は、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けれども、意思決定費用がゼロでない場合には、集合的行為に関して話し合われる会議を開かないで済む分だけ、権利の設定は全員一致ルールよりも意思決定費用を削減することができるのである。

(3) 集合的行為に関して期待される利得に比べて非常に大きな損失⁽⁹⁾…憲法上の権利は全員一致ルールのもとでの拒否権に代わるものであることから、立憲段階において権利の設定が選択されるメカニズムについては、相互依存費用最小化の論理に基づき立法段階の投票ルールとして全員一致ルールが選択されるメカニズムによつて説明することができる。

先ほどと同じように、それぞれの投票ルールのもとで法案の可決のために必要とされる人びとの割合を m としよう(0 $\leq m \leq 1$)。次に、この投票ルールのもとである個人が特定の提案に関して勝者の側に立つ確率を $p(m)$ とする(二回微分可能であるとし、 $p(0) \leq 0$ および $p(1) = 0$ であるとする)。ある提案について彼が勝者の側に立つ場合に期待される利得を s とする。また、彼が敗者の側に立つ場合に期待される損失を t とする。最後に、 m を要求する投票ルールの

もとでかかる意思決定費用を $d(m)$ とする。この場合、相互依存費用最小化の論理に基づけば、立憲段階における人びとは、次の式によって表される自らの期待効用 $E(C)$ を最大化するであろう m を投票ルールとして選択することになる。⁽¹⁰⁾

$$E(U) = p(m)s - [1 - p(m)]t - d(m)$$

相互依存費用最小化の論理に基づけば、この式における s の値に比べて t の値が大きくなるにつれて m の最適値は 1 に近づくことになる。要するに、負の外部性を伴う行為をする者 A を規制する法を作ることによって A 以外の者が得られると期待される利得 s 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 が被る損害 t が非常に大きなものであるとき、その行為を規制する立法に関して適用されるべき投票ルールは全員一致ルールとなり、それゆえにその行為を保護する権利が設定されることになるのである。⁽¹¹⁾

(4) 立憲段階における不確実性…もつとも、上述の論理が成立するためには、立憲段階における人びとが自らや(その利害を彼らが気にする限りにおいて) 自分の子孫の将来に関してある程度不確実であるというのでなければなら⁽¹²⁾ない。というのも、諸々の立法について話し合われる会議においてたとえば単純多数決が採用されているならつねに自分が勝者の側に立つことがわかっているとすれば、そのような人々はそれらの立法の際に用いられる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のであつて、したがって全員一致ルールを彼らが選択することはありえないからである。⁽¹³⁾

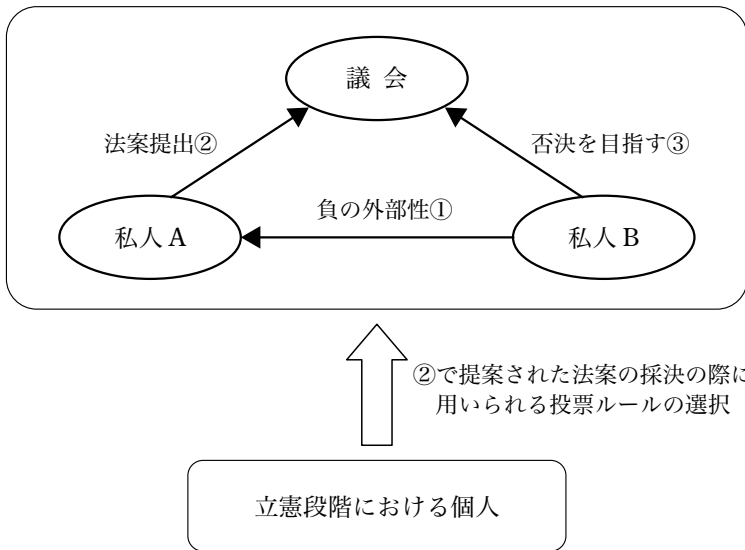
第3節 行政主体に対する私人の憲法上の権利のモデル

かくして、ミューラーによれば、上述の四つの条件が満たされる場合には、相互依存費用の最小化の論理は、憲法上の権利の起源に関する説明としても援用可能であるとされる。さらに、「他の人びと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」という、権利に関する上述の定義に見られるように、憲法上の権利に関する彼の議論は、私人対私人の関係における集合的決定を介した強制からの自由だけでなく、特定の制度対私人の関係における私人への介入からの自由をも視野に入れたものであることは明らかである。

そうであるとすれば、ミューラーの論理は、特定の憲法上の権利、それも私人以外による介入からの自由としての権利について、具体的にどのような説明を与えるのだろうか。ここからは、このことを、行政に関わる制度による私人への介入からの自由を例として、考えてみたい。⁽¹⁴⁾

はじめに、ミューラーの論理の要点を示しておく。図4において私人Bが私人Aに対して負の外部性を与えるとき（矢印①）、AはBの行動を規制する法案を議会に提出することが考えられる（矢印②）。したがって、このことを予想する立憲段階における個人としては、議会でこの法案の採決を行う際の投票ルールを、決めておく必要がある。もし彼が将来私人Aの立場に自ら置かれる可能性は私人Bの立場に置かれる可能性とともにゼロではないと考えるならば、この法案が可決あるいは否決した場合の便益と損失をAとBそれぞれの立場から考えるだろう。彼はそれらの値に私人AおよびBの立場に置かれる確率を掛け合わせたものを、投票ルール選択の際の基準として用いるに違いない。このとき、彼

図4 ミュラーの図式



にとつて最適である投票ルールが全員一致ルールであるなら、意思決定費用を削減する目的から、彼はこの問題に関して憲法上の権利を設けることを考えるだろう。

このように、ミュラーの議論においては、二人の私人の利害対立を基本枠組みとして、投票ルールの選択を通じた権利の設定というものが考えられている。だが、このようなミュラーの議論は、必ずしもそのままの形で行政主体に対する私人の憲法上の権利についての説明として援用可能であるように思われない。というのも、行政庁による私人への介入には、私人による介入とは異なる性質があるからである。

行政庁による介入を私人によるそれと区分する最も大きな違いは、前者は必ずしも議会による集合的決定を経なければならないわけではないということである。すなわち、かつての明治憲法のもとでの独立命令を別にしても、行政庁は受益的処分や、あるいはさまざまな形の行政指導を、根拠規範としての

法律による授權なしに日々行っている。ミューラーの枠組みにおいて、人びとは集合的決定という形で他の人びとへの介入を行うと想定されたのとは異なり、行政庁は（組織規範による最低限の枠づけは必要であるにしても）そのような議会での集合的決定を経ずして私人への介入を行うことができるのである。

もつとも、法律の留保の原理を前提としたとき、この原理の解釈として侵害留保説から全部留保説にまで至るさまざまな説のうちのどれをとるかで、話は変わってくる。もし全部留保説をとるなら、すべての行政の活動は、議会において可決成立した根拠規範による授權を必要とすることになる。これに対して、侵害留保説をとるなら、給付行政として行われる行政の活動については根拠規範を必要とすることなく行うことが可能になる。かくして、どの説をとるかは重要な問題になるが、ここでは実務に即して侵害留保説のもとで議論を進めることにしよう。その場合、規制行政として行われる行政の活動に話を絞れば、これを行ううえで必要とされる法律の採決に用いられる投票ルールの選択というものを考えることが可能となり、したがってミューラーの議論の枠組みに載せることが可能になる（それに対して、給付行政については、複効的処分を別にすれば、これを争う者を想定することが困難であることから、ミューラーの枠組みに載せるのは難しい）。

行政庁と私人とのあいだには、立法者たる国会議員との関係という点でも、重要な違いがある。すなわち、ひとりの有権者として市民が国会議員に付託する利益その他の代表としての関係とは別に、行政庁と国会議員とのあいだには、伝統的に政治学の領域において官僚論として焦点を当てられてきたような特殊な関係が存在する。たとえば、自らの省庁に割り当てられる予算の増大を求める官僚と再選を目指す族議員とのあいだの利害関係はよく指摘されるところであるし、⁽¹⁶⁾ そもそも各省の大臣がそうであるように行政庁を国会議員が兼ねていることもあるのである。このことを考えれば、ミューラーの図式における、私人Bによつて与えられる負の外部性を見かねた私人Aが自ら議会に規制法案を提出するとの素朴な想定（図4の矢印②）は、そのままの形では維持できない。公益の実現を目的とする行政庁にとって、私

人の自由や財産の存在が邪魔になっている（つまり、この私人の自由や財産は潜在的に当該行政庁に対して負の外部性を与えている）のだとしても、彼に対して規制を加えるための根拠を与える法案を議会に提出するイニシアティブをとるのは、当該行政庁ではなくむしろこれと密接な利害関係をもった議員らであるかもしれないし、また行政庁の考えとは別にただ公益等への考慮から議員らがそのような法案を提出するのかもしれない。

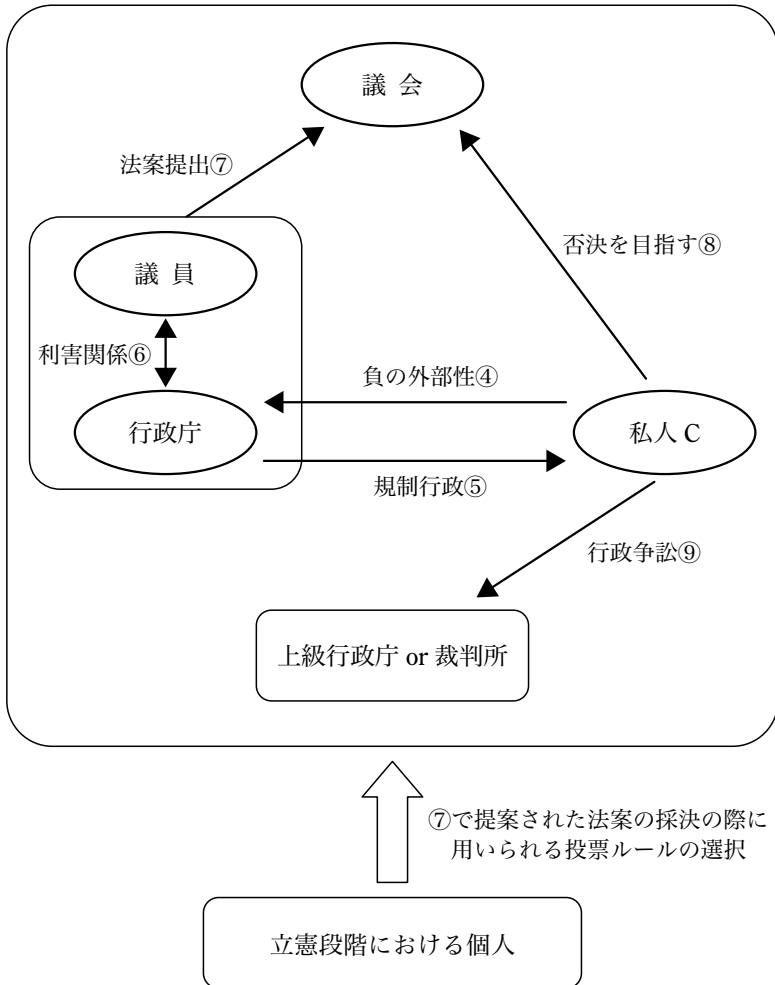
もうひとつ、ミューラーの枠組みでは触れられていない要素として、裁判所による事後的な救済に関する期待利得の計算というものも、行政主体に対する権利というものを考えるうえでは重要な意味をもってくるだろう。本来は私人による介入の場面においても、裁判所による救済というものは考慮されるべきであるが、処分庁や直近上級庁への不服申立てや裁判所への行政訴訟の意味について考えるうえでも、行政による介入の場面において行政争訟というものを考慮に入れることは重要な意味をもつ。

以上の点を踏まえるならば、ミューラーの枠組みは次のように修正することができよう（図5）。

はじめに、ミューラーの枠組みにおいて私人Bが私人Aに対して与える負の外部性は、行政主体に対する権利の枠組みにおいては、私人Cが行政庁に対して与える負の外部性という形をとる。その場合、行政庁が公益実現を目的として行政活動を行ううえで、私人Cの自由あるいは財産の存在が妨げになるという意味で、私人Cは当該行政庁に対して潜在的な負の外部性を与えているものと解釈される（図5の矢印④）。このことから、行政庁は、私人Cに対して不利益を加えるような仕方では、公益実現を図ろうとする（矢印⑤）。ただし、そのためには、行政庁の活動に根拠を与える法案が国会で可決成立しなければならない。したがって、行政庁、あるいはこれと特殊な関係を有する議員らは、そのような法案を国会に提出しようとするであろう（矢印⑦）。これに対して、自らに対する規制を怖れる私人Cは、当該法案の否決を目指して働きかける誘因をもつ（矢印⑧）。

立憲段階において、将来このような事態が生じることを予想する個人は、当該法案についての採決が議会においてな

図5 行政主体に対する私人の憲法上の権利の図式



される場合に用いられる投票ルールを、意思決定費用および外部費用の観点から選択しようとするだろう。もつとも、その場合、外部費用のうちには、そのような法案が可決成立した場合に私人Cに不利益が加えられることで事後的に彼が行政訴訟を提起する（矢印⑨）ことに伴う期待利得が含まれる。これらの費用を考慮したうえで、この立憲段階における個人による選択が、全員一致ルールを支持するものであるなら、将来にわたつての意思決定費用を削減する目的から、この場合の行政庁による規制から私人を守る憲法上の権利を設けることを、この個人は選択するかもしれない。

以上の議論をわかりやすくするため、私人に対して課された義務の履行を確保する手段として直接強制を行うことを行政庁が検討している、という状況を考えてみよう。たとえば、根拠規範に基づく行政処分により行政庁が私人Cに対して特定の義務を課す一方、しかしながらCはこの義務を自発的に履行しない、ということが予想されるとしよう。このような状況に備え、義務の履行を確保すべく、行政庁はそのための手段を用意することであろう。義務者の身体または財産に対して直接有形力を行行使することで、義務の実現を図ろうとする直接強制は、そのような手段のひとつである。

とはいえ、直接強制を可能にするためには、もとの処分の根拠となった法律とは異なる、直接強制の行使自体を基礎づける根拠規範が必要とされる。⁽¹⁷⁾したがって、行政庁は、あるいはまた公益の実現を考えた一部の国会議員は、そのような法案を国会に提出しようとするであろう。

このような状況が生じることを予想するとき、立憲段階における個人は、当該法案を国会で審議する際に用いられる投票ルールを、費用についての計算のうえで選択しようとするであろう。彼は、私人Cの立場に自らが立つ確率ほどの程度であるか、直接強制によつて私人Cに対して与えられる損害ほどの程度であるか、直接強制による義務の実現により得られる公益ほどの程度であるか、行政訴訟を起こした場合に救済される確率や救済の程度ほどのくらいであるか、そして投票ルールの包括性の度合いに応じて変化する意思決定費用、などといった要素を考慮に入れることで、自らに

とつて最適な投票ルールはどのようなものであるかを考えようとするだろう。

たとえば、立憲段階におけるある個人が、将来自分はそのような義務者の立場に立つ確率はゼロであると考えらるならば、つまりミューラーの言うところの立憲段階における不確実性が存在しないならば、彼は多少手荒い方法であつても当該義務を確実に履行することで公益が実現することを重視するであらう。他方、そのような確率が少なからず存在すると考えるならば、彼は直接強制に伴う損失にその確率を掛け合わせた期待費用を、公益とともに計算に入れるだろう。「航通の妨害となるべき沈没船の引揚げを命じその不履行の場合に、……爆発物でこれを粉碎⁽¹⁸⁾」したり、あるいは道端で寝ている貧乏人を退かせるために「いきなり材木を打毀して水を通し、野次馬や乞食を突き飛ばし引摺つて立ち退かせる⁽¹⁹⁾」ようなやり方が、沈没船の持ち主や、「着物も裂けるし、手足の脱臼ぐらい起こるかも知れぬ⁽²⁰⁾」道端の人びとに對してもたらす損害について、これが非常に大きなものであり、そして自らがそのような損害を被る確率はかなり大きいと考えるなら（この場合、比例原則の適用はある程度緩いものと仮定する）、彼はこのような外部費用を小さくするような投票ルールを選択するよう導かれるだろう。他方で、そのような損害が事後的に行政争訟によつて救済される確率は非常に高いと考えるなら、その分だけ外部費用は下がるとして、彼は投票ルールの包括性の度合いを下げようとするかもしれない。

かくして、以上のような計算の結果、この場合に最適であると考えられる投票ルールは全員一致ルールであるとの結論に立憲段階における個人が至つたとしよう。このとき、問題になつてゐるものとは異なる種類の義務の履行確保のため将来やはり直接強制を可能にする法案が議会に提出されるであろうことが予想されるのであれば、彼はそのような法案が提出される度に全員一致ルールのもとで否決することに伴う意思決定費用を削減する目的から、直接強制を禁止するような条項、あるいはまた当該領域における比例原則の厳格な適用を求める規定などを憲法の中に置こうとするかもしれない。

なおひとつ付言すると、ここまで行政主体に対する私人の憲法上の権利が生まれるメカニズムについて述べてきたが、ここで想定される行政主体は必ずしも国に限られない。直接強制については、行政代執行法一条の解釈により条例では直接強制は設けることができないとされているが、このように地方公共団体が義務履行確保のために強制執行を行う際に根拠規範として法律が必要とされる仕組みが存在している場合、このシンプルなメカニズムのもとで（直接強制が条例により可能であるとすれば、地方議会の議決に対する長の拒否権の存在等の理由により、構図はより複雑になる）地方公共団体に対する私人の憲法上の権利についても考えることができる。

第4節 根拠規範がすでに存在するケース

前の節での議論に対してはさまざまな異論があり得ると思われるが、そのうちのひとつとして、現状点（status onb）をめぐる問題があるであろう。というのも、前の節の議論、さらにそのもととなったブキャナンやミューラーの議論においては、あたかも議会での集合的決定がまだ一切なされていない段階において将来さまざまな問題について議会での採決が行われるだろうことを予期した人びとが、憲法を作る際にそれら採決の際に用いられる投票ルールやあるいはこれとの関わりで権利に関する規定をも組み込むだろうと想定されているが、そのような投票ルールや権利についての考察がなされる段階、つまりいわゆる立憲段階というのは、なにも一から憲法を作る場合にのみ見られるものではない。すでに憲法が存在する状況においても、そのなかのいくつかの規定をめぐって改めて憲法改正や既存の条項の解釈変更といったことが行われるということはあり得ることである。

そうであるとすれば、このような問題に関して前節の議論はどのような含意を有するのだろうか。この節ではこの点

について考えてみよう。

はじめに、現状点を、すでに憲法のもと根拠規範に基づき私人に対し不利益が与えられており、これに対して行政争訟も提起されているような状況、つまり図5で言えば矢印⑨の状況、と仮定しよう。その場合、私人Cはどのような理由により、憲法改正や既存の憲法の条項の解釈変更を望むのだろうか。また、このことは、図5においてどのように示されるのだろうか。

根拠規範がすでに存在する以上、この問題に関し、そのような規範の案が議会において将来採決される際に用いられる投票ルールの選択という枠組みで議論を行うことはできない。だが、この場合にも、当該規範について改めて考え直すという契機を考えることはできる。これは、改めていま当該規範の採決に用いられる投票ルールを反実假想的に考え直すというのでもよいし、あるいは当該規範は期限付きの時限立法で、これを延長するための採決を行う状況を考えるというのでもよい。そのとき、私人Cはその採決において用いられる投票ルールとしてどのようなものを選択するかを考えることを通じて、現状における彼の費用計算を議論の俎上に載せることができる。

たとえば、現状点において私人Cが行った、当該根拠規範に関する二種類の費用の評価は、図6のようなものである。このとき、仮に彼が望む投票ルールのもとでいま採決が行われるとすれば、投票ルールのもとで要求された多数派の側に属する確率という意味で彼が採決において勝利する（根拠規範が否決される）確率は $\frac{1}{3}$ である。ということとは逆に言えば、彼は「 $1 - \frac{1}{3}$ 」の確率で負けても良いと思っっているということを意味する。現に直接強制を加えられてはいるけれども、彼の思うところ意思決定費用に比べてその外部費用はさほど大きくない（これは、行政争訟によって救済される可能性は高いと彼が考えているからであるかもしれない）。それゆえ、彼にとつては、そのような強制について改めて議会での審議を通じて考え直すことは必要であるにしても、現行のものよりも多少包括的な投票ルールのもとで採決されることで自らが勝利する確率が若干増えればそれでよい（投票ルールがより包括的になれば自

図6

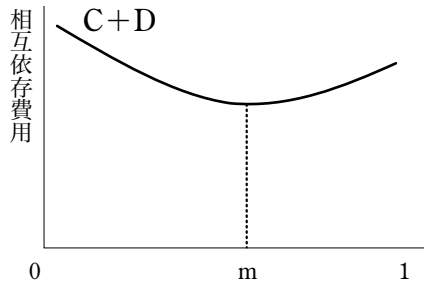
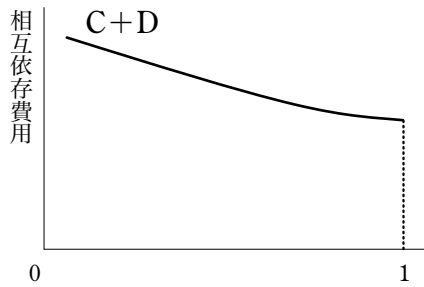


図7



らが勝利する確率は上がるが、逆にそのためにかかる意思決定費用のゆえに、却って損をする）のである。

次に、現状点における私人Cの費用評価は、図7のようなものであるとしよう。この場合、全員一致ルールが望ましいという彼の判断は、今後予想される別の種類の義務履行のために直接強制を許容する法案が採決される可能性を踏まえ、直接強制による損失から私人を守る憲法上の権利が設けられるべしとの判断へとさらに進むかもしれない。

ただし、その場合であっても、このような権利を設けるための憲法改正その他にかかる費用次第では、彼の判断は変わってくるかもしれない。憲法を一から作るという想定のもとで構築されたミューラーの図式においては、意思決定費用と外部費用に、憲法を作る際の費用は含まれていない。第1節で述べたように、そこでの意思決定費用とは、法律を作る際に投票ルールのもとで要求された多数派を形成するために他の人びとと交渉することに伴う費用であり、外部費用とは、作られた法律によって自分に対してもたらされる望ましくない結果のことだからである。だが、これらの費用をもとに計算された、ある個人にとって最適の投票ルールおよびこれに関連する権利に

についての規定を憲法の中に置く際には、当然のことながら上のものとは別の費用がかかる。ミューラーはこれを見視したわけだが（立憲段階におけるある個人が、憲法の中に新たな規定を設けようと思うに至る背景の説明としてならともかく、それに伴い実際にそのような規定を設けようとして他の人びとと交渉したり、場合によっては投票を行ったりする場合の説明としては、この想定は非現実的なものであることは否めない）、憲法の改正等について考える場合、このような態度は妥当なものではない。このことは、たとえば日本国憲法九六条のもとで要求された憲法改正に必要な数の賛同者を集めることに伴う莫大な費用を考えてみてもわかる。

一般に、硬性憲法のもとでは、憲法改正の手続を行うことは、かなりの大きさの意思決定費用を伴う。このことは、意思決定費用曲線を上方にシフトさせ、最適な投票ルールをより包括的でない方向に移動させる効果をもつ。他方で、憲法改正の際に行われる国民投票などにおいて、特定の条項の改正案とのセットで他の条項の改正案が組み込まれることに伴ってログローリングが生じるならば、外部費用も高くなる可能性がある。このことは、外部費用曲線を上方にシフトさせ、最適な投票ルールをより包括的な方向に移動させる効果をもつ。

かくして、図7のような費用計算を行った個人が、憲法上の権利を求めるべく、その手段として憲法改正を望むかどうかは、これら改正に伴う意思決定費用および外部費用の大きさ次第となるであろう。それらの費用が最適投票ルールの選択に無視できない影響を及ぼすのであれば、彼は別の手段として、憲法一三条のような包括的基本権条項を活用した新たな権利の創設を求めるかもしれない。もつとも、その場合は、すべてを裁判所任せにすることによる、時間の経過に伴う費用などがかかってくるのであるが。

むすびに代えて

ここまで、行政主体に対する私人の憲法上の権利が作られるメカニズムについて、ミューラーの枠組みを下敷きとしながら議論を行ってきた。だが、本稿の冒頭でも述べたように、このような議論はそれらの権利が作られる態様に関するただひとつの正しい説明などではありえない。それは、さまざまな仮定のもとで行われた、現実の権利の姿に関する単なるひとつのモデル化の作業にすぎないのである。

しかしながらこのことは、そのようなモデル化の作業には何ら意義がないということの意味してはいない。かつて政治哲学者のロバート・ノージック (Robert Nozick) は、自然状態から国家が生成する様子に関する自らの理論について、次のように述べたことがある。

政治の領域を自然状態論で説明する様々な議論は、この領域の根本的潜在説明になっているのであって、たとえ不正確であつても、説明上の迫力と解明力を包蔵している。われわれは、国家が如何にして生成し得るかを学ぶことによって、たとえ国家がそのようにして「実際に」生成したことはなくとも、そこから多くのことを学ぶのである。もし国家がそのようにして生成しなかったのであれば、何故そうならなかったのかを確定することによつてもまた、われわれは多くのことを学ぶであろう。これは、自然状態モデルから乖離している現実世界のその特定部分が、何故かくあるのかの説明を試みることによつて学ぶということである。⁽²²⁾

同じことはここでの議論にも当てはまるだろう。相互依存費用最小化の論理に基づく、私人の憲法上の権利についての説明は、現にある権利が実際にそのようにして作られたものではなかったとしても、なぜそうならなかったのかということの分析を通じて、それらの権利についての考察を充実したものにしてくれる。

注

(1) 公共選択の観点から憲法を論じることの意義としてはいろいろなことを挙げることができるであろうが、その中でも最も重要と思われるのは、それによって憲法をめぐる人びとの現実の行動について分析するための視座が得られるということである。本稿の最後でも触れるように、人びとの合理的な選択の観点からの憲法の描写は、いま現にある憲法の姿を正確に捉えてはいないかもしれないが、しかしなぜそのような乖離が存在するかを問うことから、我々は多くのことを学ぶことができるのである。

(2) ブキャナンに続いて、多くの公共選択論の学者が憲法上の問題に関する議論を行ってきた。たとえば、ダグラス・リー(Douglas Rae)らによる投票ルールの選択に関する議論や、ジェフリー・ブレナン(Geoffrey Brennan)らによる二院制に関する議論などがそうである。実際のところ、公共選択における大部分の議論は少なくとも間接的に憲法とかかわっている。これら、公共選択と憲法とのかかわりの歴史については、Dennis C. Mueller ed., *Perspectives on Public Choice: A Handbook* (Cambridge University Press, 1997), chs.1, 6 (関戸登・大岩雄次郎訳『ハンドブック』公共選択の展望 第1巻)、多賀出版、二〇〇〇年) 第一章、六章を参照。

(3) Cf. James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (The University of Michigan Press, 1962). (宇田川璋仁監訳『公共選択の理論』、東洋経済新報社、一九七九年)

(4) Buchanan and Tullock, *The Calculus of Consent*, p.51.

(5) Cf. Buchanan and Tullock, *The Calculus of Consent*, p.63ff.

(6) なお、 $1/2$ を下回る投票ルールについては、そのようなルールによって相互に整合的でない立法がなされうることに伴い意思決定費用曲線に不連続が生じることから、最適のルールとして選ばれることはないだろうとミュラーは言う。Cf. Dennis C. Mueller, *Public Choice III* (Cambridge University Press, 2003), pp.76-78.

(7) Cf. Mueller, "Constitutional Rights," *Journal of Law, Economics, and Organization* 7 (1991)/Mueller, *Constitutional Democracy* (Oxford University Press, 1996), chap.14/Mueller, "Constitutional and Liberal Rights," in *Analyse & Kritik*, vol.18/Mueller, *Public Choice III*, chap.26.

(8) Mueller, "Constitutional Rights," p.318

(9) ブキャナン・タロックの議論における「費用」概念とミュラーの議論における「費用」概念とは、その基準点が異なることに注意しなければならない。ブキャナン・タロックの議論においては、外部費用の除去によってであればあるいは潜在的な外部経済の有効利用によってであれ、とにかく共同行為によるすべての便益が実現した点に費用の基準点が置かれ、この点からの乖離は外部費用の増大という形で捉えられている。それに対して、ミュラーの議論においては、基準点は共同行為が何も行われていない状態に置かれ、そのような行為を行うことによる便益と損失を比べる通常の費用・便益計算が行われている。

もっとも、ブキャナン・タロックとミュラーの費用概念の違いはこのように基準点の相違にすぎないから、費用計算の基準点をいずれかの側に決めて議論を進めさえすれば、問題は生じない。

(10) 一階の条件は $b'(m)(s+t) = d'(m)$ である。これは m の値の増加によりある提案に関して市民が勝利を収める確率が増加することから得られる限界効用の増大が、意思決定費用の限界的な増大をちょうど相殺する場合に、 m の最適値が得られるということを意味する。Cf. Mueller, "Constitutional Rights," p.317.

(11) このことは、ブキャナンの相互依存費用最小化の論理で言えば、意思決定費用曲線のはるか上方に外部費用曲線が位置する状況として述べることができる。なお、ブキャナンに従えば m の増加とともに意思決定費用は大きな伸びを示すとされるが、ミュラーによれば、 m の増加は同一の問題に関する循環の可能性を低下させることで、意思決定費用の伸びをある

程度抑制するとされる。Cf. Mueller, *Public Choice III*, p.629.

- (12) 立憲段階における不確実性については、変数 $b(m)$ のみによつては表すことはできない。全員一致ルールが採用される $b(m)$ Ⅱという状況が生まれる背景には、立法を通じて自由を規制される側の立場に将来自分(あるいはその子孫)が立つ確率がゼロではないという立憲段階の個人の判断があるということからわかるように、採決において勝利する確率についての不確かさは、立憲段階において見られる不確実性のすべてではないのである。この点について、伊藤『ゲーム理論と法哲学』(成文堂、二〇一二年)一二二頁以下参照。

- (13) 相互依存費用の論理を拡張したこの議論のもとで、ミューラーは憲法上の権利の例として、奴隷制を禁止する条項についての説明を行つてゐる。Cf. Mueller, "Constitutional Rights," p.232/Mueller, "Constitutional and Liberal Rights," p.112/Mueller, *Public Choice III*, p.641.

- (14) ミューラーが想定するような「ある私人による他の私人への立法権力を用いた干渉」とは次元を異にする、「各省大臣や知事といったアクターによる行政目的のための私人への干渉(立法として表現された人びとの意思は背後に想定されるにしても必ずしもそれだけでは説明できない)」からこの私人を守る権利を憲法は与えることがある。たとえば、行政は人びとを合理的な理由なく差別してはならないとする「平等原則」を憲法一四条一項から導出したり、あるいは私人に対する行政上の適正手続の保障を憲法一三条や三一条を根拠に導き出したといったものがそれである。本稿では、この種の権利を、「行政主体に対する私人の憲法上の権利」と呼び、立憲段階における人びとがそのような権利の選択を行う状況について考へる。

- (15) 法律の留保の範囲をめぐる学説の展開については、塩野宏『行政法Ⅰ(第四版)』(有斐閣、二〇〇五年)六六一六九頁参照。
- (16) そのような官僚像に関する経済学的分析の例として、cf. W. A. Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government* (Aldine-Atherton, Inc., 1971)/G. J. Miller, "Bureaucratic Compliance as a Cane on the Unit Square," *Public Choice* 17 (1977).

- (17) 塩野『行政法Ⅰ(第四版)』二〇八一九頁参照。

- (18) 美濃部達吉『日本行政法上巻』(有斐閣、一九三六年)三三七頁。

- (19) 柳瀬良幹『行政法講義(四訂版)』(良書普及会、一九七五年)二〇二頁以下。

- (20) 柳瀬『行政法講義(四訂版)』二〇二頁以下。直接強制は義務者からの費用徴収を伴わないため、義務履行にかかる費用を

抑えるべく行政庁は強制のための手段を選ばなくなる傾向がある、との議論につき、須藤陽子「直接強制に関する一考察」『立命館法学』第三二二号（二〇〇七年）二六七頁以下参照。

(21) 塩野『行政法Ⅰ（第四版）』二〇九―一〇頁参照。

(22) Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books, 1974), pp.8-9.（嶋津格訳『アナキー・国家・ユートピア』、木鐸社、一九九六年）一二頁。