

CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE,
Oxford University Press, 1997. pp. vi+407.

稲葉 一将
阿部 昌之

一 周知の通り、アメリカにおいては一九七〇年代末以降、「大きな政府」に対する見直しが行政改革のなかで展開されてお(1)り、規制の緩和または撤廃などの行政関与の縮小がなされてい(2)る。このような動向をさしあたり市場化と呼ぶとすれば、この市場化が国民の権利保障の枠組みを規定しているアメリカ国家構造にいかなる変容をもたらしているのかを明らかにし、これをいかに評価するのは、アメリカ公法学のひとつの検討課題となつて(3)いる。この課題に対し、意欲的に取り組んできた研究者のひとりとして、キャス・サンステインを挙げる事ができ

る。彼は、九〇年代に入り、数多くの論文および著書を精力的に公刊しているアメリカ公法学の研究者であり、法哲学または政治哲学にとつても重要な指摘を行っており、その存在はわが国においてもよく知られている(4)。

サンステインの法理論におけるひとつの大きな特徴は、前者から主張されているように、人々の私的選好を満足させるシテムとしての市場およびそれがもたらす資源配分の現状 (status quo) を所与のものとして捉え、それを維持することによって国家の中立性を標榜することは誤りである、というものである。サ

ンステインのこの主張は、コモン・ロー秩序の前政治的性格およびそれを前提とした公私区分のペースラインを打破した、というニューディール改革の彼独自の解釈に依拠する一方、「市場」と「自由」とが安易に同一視されることや福祉受給・人種差別に関する福祉国家の政策が現状中立性(status quo neutrality)を理由に例外視されることに對する実践的批判を含蓄していた。これによってサンステインは規制の正当性とその必要性を説くのであるが、他方で彼は、command and controlに代表されるような従来型の規制が、利益集団の関与による複雑な政策分析によってしばしば失敗していることを指摘したうえで、公益を実現する望ましい立法を行うための政治構想として、市民的共和主義(civic republicanism)を提唱し、それを構成する政治過程としての熟慮民主主義(deliberative democracy)を促進するための消極主義的な憲法解釈理論を示してきた。⁽⁵⁾

そして本書は、サンステインが九一年ないし九六年に発表した論文を収録したものであるが、九〇年代における市場化の展開に對する彼の評価が示されているというにとどまらず、これまでの基本的視角をより発展させるものとなっている。すなわち、著者は、市場行動の基礎となる各人の選好を社会規範や通約不可能性の問題を看過して放任することが自律、福利、平等

または政治過程に悪影響を与えること、そのためリベラルな個人または共同体の創造にとつて、社会の再構築をも見据えた綿密な政策分析による国家の積極的関与が必要であることを示している。これによって、サンステインがなぜ「市場」と「自由」の同一視を批判してきたのか、および本書のタイトルにもなっている「自由市場」と「社会的正義」とがいかに複雑な関係にあるのかを、さらなる現実的裏付けを伴って理解することができらるだろう。また本書は、そのような国家の積極的関与の必要を述べたうえで、利益集団政治を排除した規制政策を行うために、経済的インセンティブに基づく規制や費用便益分析の導入に肯定的評価を加えており、このことは、前述したアメリカ公法学の課題に對するサンステインの分析視角および方法を提示するものとして検討に値すると思われる。さらに、後述するよう、サンステインは費用便益の考慮において市民の評価を加えなければならぬと主張しており、これは、今まで明確ではないとされてきた熟慮民主主義のひとつの具体的展開ともいえるのである。

二 まず、本書の構成と概略を以下において紹介しよう。本書の全体は、第一部「基本的争点」、第二部「権利」および第三

部「規制」から構成されている。

第一部に所収された論文の概要は、次の通りである。第一章「選好と政治」では、現存する私的選好 (private preference) の尊重を政府活動の規準とすることに対して批判的評価が加えられている。これは、「現代の経済学が、市場における支払意欲によって測定されるものとしての、現存する諸選好の満足を基礎とした福利の概念に支配されており、公的領域・私的領域を問わず、政治および法において『パターナリズム』と呼ばれるものが嫌悪される」(at 14-15) ことに對する問題意識の表明であり、市場中心主義への批判および熟慮民主主義の擁護へと展開されるところの、本書における最も基本的な課題設定でもある。⁽⁶⁾これはサンステインが、近年アメリカを中心に展開されている法の経済分析が法システムの帰結予測を可能にする一定の重要な役割を果たしていることを認めつつも (at 20)、それが新保守主義的イデオロギーと結びつくことを警戒していることが背景となっている (at 4)。本章によれば、この選好は固定的なものとして存在するのではなく、共同体に存在する社会規範 (social norms)、既存の法的ルールによる資源の配分状態、各個人に存在する消費の意向など、多くの文脈に依存しているため、これをそのまま受け入れることは、個人の自律にも、

福利にも、そして民主政治にも悪影響を及ぼすことになるのである。また、選好が社会規範の強い影響を受けているとすれば、社会規範の考察が不可欠となることから、これを第二章「社会規範と社会的役割」において行っている。著者によれば、社会規範とは、「なされるべき事柄となされざるべき事柄」とを明確化するところの、是認と非是認についての社会的態度⁽⁷⁾であり (at 38-39)、社会的制裁などを背景に人々の行動を実質的に規律する、この意味で法に準じた機能をも果たしている。また、このような社会規範は、社会的役割 (social roles) や社会的意味 (social meanings) を規定することが多いという。社会的役割は、法が種々の義務を特定の主体に課すのと同様に、特定の職業、性別、身分などに特定の行動原理に従うよう促すものがあり (at 40)、また社会的意味は、法が諸行為に法的意味を持たせるのと同様に、旗を燃やす行為等について、その共同体特有の意味付けをするものと述べられている (at 41)。本章では、こうした社会規範の選好形成機能に対する政府の役割の重要性が述べられている。そして次の第三章「法における通約不可能性と評価」において論じられるのは、人々が諸々の財を評価する際の規準は、道具的評価と本来的評価または金銭的評価と非金銭的評価、といった相違を示す、実に多様なものであるとい

う評価の多元性 (at 72-74)、「そして「問題となっている諸々の財が、それらが最も上手く特徴づけられる方法についての配慮ある我々の諸判断を損なわせることなしには、単一の測定規準 (single metric) によって配列されえない場合」に生じる通約不可能性 (incommensurability) である (at 80-83)」。環境保全における絶滅危惧種の価値や都市計画における文化遺産の価値などは、金銭的価値等の同一単位でその重要性を測定できないのであって、この価値判断の多様性が既存の法的争点を生み出している可能性がある (at 93-99)。ただ、本章ではこうした問題に対する明確な解決方法を述べてはおらず、「法理論にとってとりわけ大きな課題は、法的文脈において、通約不可能な財およびありうる異なった評価の間でいかにして選択がなされるべきかについての適切な記述を提示することである」(at 104) としている。このような価値判断の多様性を、現実用いられている社会的・経済的福利の指標に関連づけて考察したのが、次の第四章「幸福の測定」である。本章ではまず、多くの国々で用いられる指標である国内総生産 (GDP) が、分配その他多くの社会的諸目標の達成度を判断できないことや、多様な財を金銭という同一規準によって測定すること、すなわち通約可能性など、数々の難点を抱えていることが指摘される (at

109-113)。続いて、アメリカにおけるその他の指標、関連の人間開発指数 (HDI) およびその他の諸国の代替的手法が紹介され、これに対する批判的分析がなされている (at 113-23)。そして最後に、通約不可能性への十全な配慮を含む「生活の質」報告 (quality of life report) の公表することによる、熟慮民主主義の基盤提供を提案している (at 123-25)。第五章「専門家、経済学者および民主主義者」においては、リスク規制に関わって費用便益分析 (cost-benefit analysis) の在り方が論じられてはいるが、ここでも通約不可能性が重要なポイントとなっており、一貫性・客観性の要請から予期される死者の数などの総計的な (aggregate) 最終状態に基づいて政策の順位付けを行うという専門家のアプローチによっては、市民が現実に行う多様なリスク評価を考慮しえないことを指摘する (at 131-32)。市民の評価は、リスクの帰結だけでなく、リスクの破滅的性質、自己コントロールの可能性およびリスクの分配といった事柄を多元的に反映しているとされ (at 133-35)、熟慮の民主政を構想するサンスティンにしてみれば、費用便益分析の基礎としてこのような多元の評価を取り込むことは十分に合理的ではある (at 137-38, 145-46)。しかしながらこの点は、私的選好、通約不可能性または民主的熟慮等が交錯する非常に重大かつ困難

な問題の所在であるといえる。⁽⁸⁾

第二部「権利」では、諸権利を保障する手段としての市場の意義と限界が考察されている。第六章「なぜ市場は差別を止めないか」では、市場が差別を繰り返す重大な三つの要因が提示されている。第一に、第三者の選好または圧力であり、例えば、女性の店員を嫌う客が来る小売店や、黒人の看護婦を嫌う患者のいる病院などである。このことは雇用者にとっては経済的利益に直結するのに対し、当該第三者は市場競争において損害を被るわけではないので、雇用者自身の差別的選好とは別個に差別が生じる原因となる (p. 153-54)。第二に、統計的合理性であり、特定の性別や人種のカテゴリーが人材を評価するうえで一定のステレオタイプとして用いられ、結果として差別をもたらす。この合理性とは、そうした代理変数を用いた評価が正確であることではなく、個別的な精密調査の費用を削減しうることである (p. 155-57)。第三に、差別が行われているという現状そのものであり、差別を受けている集団に属する者としては、差別を被るおそれのない職種において自己の生産性の向上を見据えて人的資本 (human capital) の投資を行うことが合理的である。このことが、差別を受けている職種における当該被差別カテゴリー全体の生産性を現実減少させることになり、

統計的合理性に基づく差別をさらに進行させる (at 177-58)。

このように著者は、これらの要因の相補的關係が悪循環を生み、市場が差別に対する処方箋になるところか、逆に悪化させるものと捉えている。第七章「サイバースペースにおける修正第一条」においても、消極的自由とされてきた言論の自由が、市場における扇情主義等 (p. 171) が原因となって実現されないことを理由に、例えば、放送メディアに対して公共的争点や見解の多様性を促す公的規制もかかる観点から正当化されている。これは熟慮民主主義との関係における市場の限界である。それに対し第八章「財産権と立憲主義について」は、本書を通底する市場批判からしてやや異彩を放つようにも見える。たしかに本章において著者は、安定した私有財産権を保障することの必要性を説いたうえで、憲法条項の規定の仕方および憲法が満たさなければならない個人権保護の実効性について、切迫した東欧の憲法制定状況を見据えた考察を展開している (at 203-05, 211-21)。しかしながら、ここで著者が私有財産権の重要性を語る際に強調するのは、経済的繁栄をもたらすための手段としての性質もさることながら (at 206-07)、「私有財産を尊重する憲法システムは、集合的な自己統治にリベラルな権利を対置する努力としてではなく、民主過程を強化する方法として

見なされるべきである」(at 210)とされるように、とりわけ参加民主主義の前提条件たる性質である(at 207,08)。また、立憲主義が個人の自由のために要求する公的領域と私的領域との区分および後者の保障も、財産権を初めとする諸権利の自然性に依拠するのではなく、私的領域は公的領域における帰結主義的政治判断に基づくことを理解すべきとする(at 206)。このような著者の見方によれば、公教育や社会保障などの再分配的政策は、私有財産権保障の枠内で正当化されるものである(at 210-11)。こうした、経済的不平等が政治的不平等に転化されてはならないという主張は、次の第九章「政治的平等と意図せざる帰結」においても中心的なものとなっている。本章では、政治資金規制によって、選挙において現職候補者が有利になるなどの意図せざる逆の帰結が生じていることが指摘されている。しかしながら、これはいわば病理現象であって、この点を克服すれば、選挙資金に関わる規制を課すこと自体は、政治的自由と矛盾するものではないとされる。

第一部および第二部において自由市場の限界と規制の必要性が再確認されたのを受け、第三部「規制」では、「異なる文脈において、いかなる規制が福利を促進するのか」および「経済と民主主義の双方の目的を促進する手法」(at 9)が検討課題

とされている。すなわち、生命や健康に対するリスク規制を素材にして、規制緩和によっては、規制目的を達成しえないということが指摘の中心部分をなす一方、規制機関が私人に義務を課し、これの履行を罰則によって確保する規制(command and control regulation)は、規制機関にとつて莫大な費用を要することとともに、リスクを規制するにあたっての実効性を欠くことも指摘されている。つまり、サンステインは、規制の存在意義を認めたくえで、この種の規制の実効性には疑問を抱いており、そこで右の課題が考察されていると思われる。

本書の第一部、とくに第一章において私的選好を中心とした政策の基礎付け方法に疑問が投げかけられていたことは前述のとおりであるが、サンステインは、第十章「内生的選好、環境法」では、これを、選好の性質の立ち入った分析や通約不可能性の概念を用いて、環境法領域に即して展開している。次の第十一章「規制国家のパラドックス」では、主には、規制強化が当該規制の目的の達成を逆に妨げる場合のあることを指摘する。本章は、第十三章と第十四章とも内容的に関連するものである。すなわち、いかなる規制方法によって規制目的を達成しうるのかを考察するにあたって、主要には、command and controlの限界を指摘していることに共通点が存在するのである。次の

第十二章「健康と健康のトレードオフ」では、異なるリスク規制の間におけるトレードオフの存在とこれへの対処方法が述べられている。例えば、原発の規制と火力発電の規制の間のトレードオフの叙述をみてみよう (E 300)。エネルギー政策上、トレードオフの関係にあるこれらの電力源の規制機関は原子力規制委員会 (NRC) と環境保護庁 (EPA) である。サンステインは、この縦制りの組織形態を維持しつつ、行政管理予算庁 (OMB) の内部部局たる情報・規制部 (OIRA) による事前規制審査や連邦行政手続法 (APA) の改正を通じて、原発の規制強化が火力発電のリスクを増大させる場合には、OMB が勧告し、それにもかかわらず規制強化をする場合には、なぜそうするのかの考慮義務を APA によって課すべきことを述べている。彼の叙述によれば、これによって、トレードオフに対処することが可能となる。次の第十三章「法を通じたアメリカの民主化」と第十四章「連邦議会、憲法的契機および費用便益国家」は、相互に関連する論文である。第十三章においては、「アメリカ政府は、より実効的、効率的および民主的であるべきである」(at 318) と述べたうえで、これらの課題に対しては、第一に、一層の情報公開、第二に、command and control に代替する経済的インセンティブの導入、第三に、分権化の促

進が、それぞれなされるべきことを主張する。サンステインは、これらの改革がニューディール期において試みられたものの、これまで達成されてこなかったと認識している (at 318)。第十四章においては、第一〇四回連邦議会における諸法案および諸立法が、共通して規制の費用と便益の考慮を規制機関に要求しているために、いわば国家構造を「費用便益国家」に変容させ、これがニューディール以降の国家構造を根本的に変えるものであると認識する。この意味で、彼によれば、この変容は正式な憲法改正手続を経てはいないものの、ニューディール以降の国家構造を大きく変容させる「憲法的契機 (constitutional moment)」である。ただし、結論からいえば、この国家構造の変容は、「憲法的契機」としては失敗していると評価される。すなわち、「少なくとも、一九九〇年ないし九五五年における政治の動向は、ニューディール以降これまでにない程に、国家政府に関わる根本的問題を提起したといえる。しかし、国民は、これらの根本的变化に対し、権威をもって (authoritatively) 関与してこなかったのであって、したがって、憲法的契機としては失敗であろう」(at 380) というのである。このように、第一〇四回連邦議会における立法制定を「憲法的契機」と認識するほど、国家構造に大きな変容をもたらす規制の費用便益分析

の要求ではあるが、サンスティンによれば、そこでの「費用」と「便益」とがそれぞれなお不確定概念のままであり、その内容が変化しうることから (p. 367-371)、それぞれの内容を具体化することが課題であると述べられている (p. 368-369)。しかし、連邦議会による諸立法は、この課題を克服しないままに費用便益分析の手法を導入していることを著者は批判しているのである (p. 381)。

三 以上、本書の構成と概要を簡単に紹介したが、本書は論文集であるため、相互に関連性を有しながらも内容が多岐にわたっている。そこで、本書の核となっている著者の主張の内容について、特徴を整理しつつ少し詳しく描出し、これに若干の検討を加えることにしたい。

(一) 市場的思考の限界

規制緩和等によって政府の行政関与が変容するという近時の動向に対して、サンスティンはこれまでも規制の必要性を説いてきた。本書も同じ目的を有しているが、論述方法として特徴的であるのは、「選好」の概念の批判的検討である。この概念は、様々な社会制度の帰結に関する経済学的な実証的分析の基礎に置かれ、また、自由主義市場経済や利益集団政治を擁護

する規範的議論によってしばしば尊重の対象と見なされているものであるが、サンスティンは本書を通じてこの概念に対する包括的な批判を試みている。また、それと関連付けて社会規範の影響力や評価の通約不可能性にも論及している。本書ではこういった根本的問題を基本主題に掲げ (p. 5)、市場への介入の必要性、民主的熟慮の重要性といった著者のかねてからの主張にさらなる裏付けを行うことを目標としているといえる。

(1) 選好概念への懐疑

初めに著者は、選好の概念が曖昧であることを指摘し、その把握の仕方について、人々の諸々の選択と同一視されるものとしての「顕示選好 (revealed preference)」とするものと、選択行為の背景をなしている何らかの精神的実体とするものに分け (p. 15-16)、両者に批判を加えている。そして、前者の、選好を顕示選好と把握して、それを人間行動の予測に用い、また尊重の対象とすることを批判するにあたり、選択がしばしば本人にとって不合理であり、それはその選択が行われる文脈に依存していることに言及する。これは人間の合理性の想定に対するひとつの挑戦であるが、その合理性を歪める文脈のひとつとして、とくに社会規範の存在 (第二章) が挙げられ、人が行う選択行為は、所属する共同体における規範やその人の社会的

地位などによって大きく左右されるのであり、消費者としての効用以外の多様な価値にしばしば基づいているとされる (at 75, 79)。よって、選択だけからその者が一定の財に対して行う非文脈的な評価を推定することはできないのであって、顕示選好の考え方は排除されねばならないとする (at 49, 50)。

このため、選好を、選択を動機づける何らかの精神的傾向として、より精緻な分析を必要とする概念と考えなければならぬことから、著者は、選択の背後にあるものとしての選好を検討するのであるが、その際にも、経済学におけるひとつの想定を打ち破る必要性を説いている。それは、選好が外生的 (exogenous) であること、すなわち社会システムの外側で生じ、それゆえに所与のものとして扱われるものであるという想定である。これに対して著者は、実証的研究によって合理的選択理論を修正しようとする近年の試みの成果に依拠して、選好が内生的 (endogenous) であること、すなわち、これが法システムなどの様々な社会的現実⁽¹⁾に依拠していることを主張する。そのために著者は、同一の財に対する個人の評価が、その個人の置かれている状況によって著しく異なるという事実から出発する。この際に著者が論拠として援用するのが、財の購入に関わる「支払意欲 (willingness to pay)」の申出価格と売却に関わ

る「受入意欲 (willingness to accept)」の要求価格との間に著しい格差が生じるという事実である。この格差はとくに環境財において顕著であり、とりわけ第十章で、この「賦与効果 (endowment effect)」と呼ばれる現象を重要視し、その原因となりうる事柄について検討することにより、個々人の自律的な選好という概念やそれを尊重する議論を批判するとともに、ありうべき環境保全政策を行うにあたっての留意点を述べている。この賦与効果を生じさせる原因のひとつに、やはり社会規範が挙げられる。環境財において賦与効果が著しいのは、著者によれば、環境問題から生じた環境保全という強い社会規範が、環境財の所有者に対してそれを処分するべからずという社会的役割を生じさせ、またその処分行為は許容しえない環境破壊であるという社会的意味を生じさせているからである (at 51-53, 251)。このような社会規範によって、環境財所有者は、集合的な善に協力する意欲や社会的制裁への恐怖から、受入意欲の要求価格を大きく引き上げることになる。また、賦与効果が個人の精神状態にも起因することを、現状バイアス (status quo bias) として扱う。そして個人の選好に変化をもたらすその現状の最たるものが、サンステインによって今までも重視されてきた、既存の法システムがもたらす権利の配分状態である。環

境財に限ったことではないが、法は、権利の配分状態に関する公正性判断の基礎となる現状としての「準拠状態 (reference state)」を創出し、その現状の重大な変化が既存の権利帰属の正当性に対する挑戦とみなされることにより、現状維持のバイアスを人々の間に生じさせる (p. 250)。著者は、こうした法による正当化効果が、受入意欲の要求価格の著しい高騰となつて現れるように、選好に対して多大な影響力を及ぼすことを重要視し、環境政策などを諸個人の既存の選好に依拠して行うことを批判する (p. 255)。また、このような現状維持のバイアスは、現状によって不利益を被っている人々に対しても及ぶとされる。近時の研究によれば、自己にとつて一定の財が利用可能ではないという現状が自己の理想や欲求と相反する場合、人はしばしば、認知的不協和 (cognitive dissonance) と呼ばれる不快な精神状態に陥り、その不協和を減少させたいという衝動から、自らの選好を利用不可能な財から利用可能な財にシフトさせることがある¹⁰²。これによって、利用可能な財に対する支払意欲の申出価格は著しく低下することになる。このような効果によって得られた選好は、不利な現状への適合の産物であり、それは選好が法ルール等によつてもたらされる既存の資源配分に内生的であり、現状維持のバイアスを同様に反映するも

のであるとされる (at 256-57)。

サンスティンが選好という概念に対してさらに根底的な疑いを表明するのが、評価の多元性と通約不可能性 (第三章) に基づくものであり、これは、ありうる選択肢の間に選好順序が常に存在するという、選好の形式的合理性の一条件が、事実に戻すのではないかという問題意識である。その場合、少なくとも一定の財に対しては選好や無差別曲線といった概念で人間の価値判断を記述すること自体が不適切となる (p. 255)。前述した、環境財等に関して支払意欲と受入意欲との間に顕著な乖離が生じることが、当該財を金銭的価値に換算して評価すること自体に対する抵抗が示されていると解することもできるとされる (at 261-62)。

なお、こうした通約不可能性を一般化して見ると、通約不可能な財の間での選択という問題、すなわち合理的選択の可能性は通約可能性を含意するのではないかという疑問に直面する (at 85-86, 99-102)。このことは、人間が通約不可能な財の間でいかにして選択を行っているかという記述的問題および通約不可能な財の間で社会的政治的選択はいかにして行われるべきかという規範的問題を含み、とりわけ後者は費用便益分析の在り方に関わる重要な問題であるといえる。

(2) 放任的自由市場への批判

自由市場またはレッツェ・フェールと称されるものに対する懐疑的態度は、サンステインが立法政策または政治理論について述べる際の基本的スタンスであり、これまで何度も主張されてきている。⁴³ 本書においても、従来主張に沿った記述が見られる。自由市場は政府による非中立的な関与なくしては存立しえず、所有に関する諸権利も様々な種類の権利義務関係を定める法律の産物であること (at 12425)、国家の存在によって初めて可能になるような (また国家の存在が必然的に引き起こすような)、権利義務関係の規律による強力な非中立的資源配分の是非を、加害的行為も報復的行為も禁止されない自然状態をモデルとして語ることが無意味であること (at 25122) などである。これらの記述が主として、前国家的自由権を第一義的なものとしがちなリベタリアン理論に対する攻撃であることはいうまでもないであろう。このような、私的自由の領域は国家が積極的に創出することによって成立するのであるという考え方は、評価の多元性 (第三章) から導出されている。それによると、人々の評価の多元性という現実を前提としても、いかなる類の評価規準を尊重または排除するかは政治的選択の問題であるが (at 78, 100-01)、可能な限り多様な価値規準を尊重し

ようとするリベラルな国家は、政治、家族、市場および宗教組織など、それぞれの価値が支配するそれぞれの領域を構築し、これを管理する必要がある (at 93, 94)。そのため、効用の価値が支配する市場という領域においては投票権や人身などの取引を禁じるといった形で、特定の領域の価値規準が別の領域に侵食することを防ぐ役割を国家や法が担うことが要求される場合もある。⁴⁴ (at 76, 96-98)。

さて、本書において以上のような積極国家が擁護される際の特徴は、前述のように、選好概念を批判的に分析し、選好に対する中立性が不可能であること、そして選好自体が不適切な概念であることを示すという方法にあるといえる。選好行動に現れたものであれ、その背後に存在するものであれ、既存の選好を無批判的に尊重することに対する懐疑の実践的含意のひとつは、国家による私的選択へのリベタリアンスタイルの関与の必要性である。経済的自由放任論 (economic libertarianism) などに見られるように、市場における個々人の私的選択を尊重することによって各自の選好を満足させることは、当該個人が享受する「自律」の価値と、個人または社会が求める「福利」の価値とを同時に満足させることとして把握されるため、国家による私的選好へのリベタリアンスタイルの関与は、自由主義

への重大な挑戦と見なされがちである。これに対しサンステインは、選好というものが現実には有する性質からして、自律・福利双方にとってパターナリズムが重要であるとする。すなわち、選好や選択が自律的であるといえるためには、「利用可能な機会についての十全かつ鮮明な認識」が必要であり、「選好形成過程に不当な、また過度の制約」があつてはならないとし

(頁19)、ここでも、選好の内生性への注意を喚起している。とくに、被用者が危険な労働現場におけるリスクを過小評価する場合のように、既存の慣行や機会に関する不利な背景的条件から生じる認知的不協和を減少させようとする衝動に基づいて一定の適合的選好が形成されるとしたら、その選好の尊重は、少なくとも自律の観点からは正当化されえないとされる(頁26-27)。また、中毒物質などの反復的な消費によって生じた近視眼的選好(頁29-30, 258-59)や、形成過程が社会規範の強い影響力の下にさらされている選好(頁55-56)を尊重することは、自律と福利双方の価値を損なう結果になるとされる。サンステインは、差別の解消という社会的目標にとつても選好に依存した自由市場が無力なシステムであることを示す(第六章)。経済学的視点によつてはしばしば、最低賃金法や最低労働時間法などの再分配的規制立法がむしろ差別を生み出した

原因であり、自由市場においては、雇用における差別は労働市場から調達する人的資本の範囲を自ら狭める行為であり、そのような差別的選好を有する企業は結果的に淘汰されるため、自由市場こそが差別を解消する、ということがいわれがちであるが、著者にしてみればこの見方は楽観的すぎる。二において述べたような種々の要因から、市場は差別を生み続けるのである、重大なのは、そういった差別拡大も、選好の満足としての福利の増進から自由市場を擁護するような論者の目から見れば、効率的な資源配分の障害という意味での市場の失敗は存在していないがために問題視されない点である(頁158-59)。

しかしこの見方は、選好の内生性を強く意識するサンステインにとつては問題である。彼によれば、市場による差別拡大は、各当事者が前述した認知的不協和を減少させるために差別的な現状に適合的な選好を形成することの結果と見ることができ。すなわち、これは差別を行う側に対しては現存する差別的合理性や妥当性についての信念を抱かせる効果をもち、また差別をされる側に対しては差別を受ける職種には向いていないという信念を抱かせる効果をそれぞれ持ちうることを意味する。こうして、差別放置可能という現状維持のバイアスが当事者双方にもたらされる(頁26-27, 100-01)。したがって、このよう

な形成過程を持った選好を端的に尊重する姿勢そのものが問題視されるのである。そして差別的現状はまた、有利な位置にある集団(男性、健常者など)をベースラインとした社会規範を市場そのものが体現している、すなわち市場メカニズムが人間としての生来的な相違をそのまま社会的不利益に転化するというカーブの社会構造を創出し維持していることの作用でもあるとし(63, 16-24)、この現状を打破するために社会規範を変更することは個人レベルでは極めて困難であることから(at 37, 46-47, 63)、法の表現的機能(expressive function)を利用した政府の積極的介入が必要とされる(at 56-57, 64, 91-93)。

このように著者は、選好というものが個々人の置かれている現状、そしてその個人が属する社会の規範といかに深い関わりを有しているかを論じることによって、選好の外生性や行動の合理性といった仮説に依拠した市場メカニズムを過度に信頼する形態の自由主義を批判し、国家による私的選好への積極的介入を擁護する。各個人を「国家」からだけでなく「社会」や「自分自身」からも保護しようとするこの主張は、市場原理の名の下に安直に規制緩和が推し進められかねないときには、なお一層意義の大きいものと思われる。ただ、私的選好への法的介入

が広範囲にわたって要求されることには議論の余地がある。あらゆる選好が政治的、社会的および個人的文脈に内生的であるとの主張は、前社会的または原子論的自我観を否定し、共通善の個人善に対する優位を説く共同体論(communitarianism)に移行しかねないようにも見える。たしかに、公民的徳性に基づく自治を志向するサンステインの共和主義的政治理論は、共同体論の政治的帰結の一形態と重なることが多いと思われるが、それにはリベラルな側面も併存しており、自律という概念を放棄することまでは主張していない。豊富な情報や選択肢を背景にした選好とそうでない選好には著しい差異があり、その意味で自律の概念を用いて分析する状況は存在する。ただ、著者の主張で重要なのは、公的介入を必要とする選好かそうでない選好か、すなわち自律的選好か否かを判断する一義的で前社会的な規準は存在しないことである。サンステインのこうした分析は、公私の自然的区分を流動的にしたという、彼のニューディール再解釈作業の一環として位置づけることができよう。すなわち、公私の区分の流動性は、市場という環境だけでなくプレイヤーたる個々人の内面にも当てはまるため、選好の自由な満足を制約することによって市場の再設計を要請する「社会的正義」の観点の重要度がさらに増してくるのである。しかし

ながらその反面、ニューデイルのリアリスト的な再解釈がその副作用として立憲主義を危機にさらす、という近時の指摘が看過できないとすれば、選好に懐疑的な本書の論述は、権力的干渉を拒否する個人の権利を基礎付けるはずの「自律」もその現実における裏付けを失うことを暗示しかねない。その場合、権力の積極的介入を評価する主要な役割を果たすのは、権利論であるよりも、個人の自律や福利に影響を与える複雑な心理的・社会的要因となる様々な事実を認定し、それぞれの法的事例毎にそれらを取り除くか否かを決断するプラグマティックな民主的熟慮ということになる。しかしながら、純粋な自律的選好や真の選好といったものの存在を否定する主張は、市場だけでなく政治過程における諸決定の際にも、いかなる種類の選好を熟慮に基づくものと評価するに値するものとして採用すべきか、という課題を生じさせられる。すなわち、民主的熟慮過程に参加する市民や公務員においても、またその過程を監視する裁判官においても、私人におけるのと同様の何らかのバイアスから逃れられないことを肯定することになり、利益集団間の妥協過程と厳格に区別された公民による熟慮過程というものは相対化されることについてどう考えるか、という問題が残るのである。

(二) 規制の在り方

以上のような、市場の構造的限界の指摘の背景には、アメリカにおいて七〇年代後半から開始された「規制改革」による市場化に対して批判的検討を加えるという実践的な意図が存在すると思われる。²⁰しかし、右のような市場化によって、他の規制の強化が必要となる場合が存在するとすれば、市場化自体を批判するが擁護するかに関わりなく、立法論と解釈論を含めて、行政領域毎に、かつ、特定の規制の文脈に即して、その在り方を考察することが今後の課題のひとつとなる。このような課題の存在を前提とすれば、市場化を批判しつつ、同時に *command and control* の実効性を疑問視しているサンスティンの主張は、検討に値すると思われるのである。

まず、第十一章において、六点の規制のパラドックスが述べられているため、これを紹介することしよう (at 277-96)。この六点とは、第一に、環境保全領域において、制定法の規制水準が高いために規制機関のこれを達成する意欲を喪失させ、かかる過剰規制によって逆に過少規制が生じていること、第二に、新たなリスクに対する厳格な規制は、それ以前に存在していたリスク規制が不十分となるために、全体としてはリスクが高くなっていること、第三に、利用可能な最善の汚染防止技術

(Best Available Technology) を要求することによって、事業者が現時点における B A T に甘んじるため、処理技術をより改善する意欲を喪失させること、第四に、再分配のための規制は、逆に社会的経済的に不利な立場にある者の不利益となること、第五に、情報を公開することによっていわゆる任意提供情報が得られなくなり、逆に、情報が不足する場合のあること、第六に、独立規制委員会は利益集団による取り込みからは独立していないこと、である。このパラドックスに対処するために、本書において、パラドックスを生じさせる原因が規制立法自体に存在する場合と規制の実施過程に存在する場合とを区分し、それぞれに対処するための立法論と解釈論とが提起されている。立法論としては、六点のパラドックスを生じさせないような法律を制定することになるが、解釈論としては、例えば第一のパラドックスをより具体的に展開した、次のような叙述がみられる (註 200)。サンステインによれば、制定法によって労働安全衛生局 (O S H A) が「実施可能な限り (to the extent feasible)」労働者の安全を保護する基準を設定しなければならぬ場合に、この文言は、現実に O S H A が基準設定が可能か (capable) 否かではなく、費用と便益を考慮したうえで実施可能であるのか否かを判断することを許容していると解釈されるべきである

という。なぜなら、彼によれば、リスク規制においては、これの除去にかかる費用も考慮事項であるために、費用が軽微であればリスク規制が要請される一方、費用が過大であれば、たとえリスクが大きいとしても規制は存在しない方がよいことになるからである。

また、第十四章においては、三点の提言がなされている (註 227)。すなわち、規制機関は、第一に、リスクを段階的に評価し、より深刻な問題に資源を配分すること、第二に、私的セクターによる、より安価で、かつ、リスクを除去する計画を承認すること、第三に、経済的インセンティブに基づく規制を実施すること、である。ただし、リスク評価において規制機関は、資源を投入する優先順位を決定する際に、専門家だけではなく市民の評価を決定作成に反映させなければならないことが第五章において述べられていることを看過してはならないであろう。また、エネルギー規制における原発と火力発電のように、複数のリスクがトレードオフの関係にあり、これを規制する機関が異なる場合には、O I R A による規制審査を通じた執行機関による総合調整とともに、あるリスクを規制することによって他のリスクを増大させることにならないのかどうかの考慮義務を規制機関に課すよう、A P A を改正する立法論が第十二章

において述べられている (p. 299)。このように、リスク評価の際に機関横断的な考慮と市民参加の必要を述べていることが特徴的であるといえるだろう。次に、私的セクターの計画を承認することとは、ここでは、規制機関が被規制者と交渉し、被規制者によって作成された数々にわたる事業計画を承認することであり、また、経済的インセンティブに基づく規制の導入の具体例として、排出権取引が紹介されている。これらはいずれも *command and control* に代わりうる規制形態として、ここでは紹介されている。

以上のようなサンスティンの主張のひとつの特徴は、規制の存在意義を認める一方で、経済的インセンティブという市場的メカニズムを部分的に取り入れていることである。すなわち規制が非規制か、国家か市場か、といった二者択一的な思考ではないことである。環境保全領域において実施されてきたような様々の経済的インセンティブに基づく規制の導入は、規制目的を達成するためのひとつの方向性または手段であろう。ここでは、この規制形態に対する評価を加えることは略さざるをえないが、ただ、右に紹介したサンスティンの主張に対しては、次のことを指摘しておきたい。

(1) パラドックスの生じる原因の解明

第一に、*command and control* の矛盾を指摘する、サンスティンの掲げた第一のパラドックスを例に挙げれば、この原因の分析が必ずしも十分ではないと思われる。いわゆる規則制定の硬化 (*ossification*) を例に考えてみよう。これは、一般に、インフォーマルな規則制定に際して、裁判所、連邦議会および大統領が規制の影響等の多くの検討作業を規制機関に課すことによって、規制機関の規則を制定するインセンティブを喪失させる現象であると説明されている。このような硬化にもかかわらず、規則制定手続が裁決に比べて効率的であり、また意見書の提出による国民参加も保障していることから、これを積極的に評価しうる側面がある。そこで、硬化を放置するのではなく、克服する方策が考察される必要がある。このためには、まず規則制定過程のなにかかかる硬化を生じさせる原因であるのかを病理と生理に即して明確にすることが必要となる。さもなければ、除去すべき問題の所在が不明のまま残り、これを改善することが困難となる。しかしながら、サンスティンは、本書において、この分析を行ってはいない。規制の在り方を考察するにあたって、第一のパラドックス以外でも、本書において指摘されている規制のパラドックスの病理と生理に即した検討課題が残されているといえよう。

(2) リスク評価における通約不可能性

第二に、リスク規制におけるリスク評価の方法に対してである。まず、サンステインの叙述を簡単に整理しよう。それは、リスクをいかに評価するのかの局面において、規制機関は、専門家ではなく市民の評価を反映しなければならぬこと、およびリスクが機関横断的に発生し、これがトレードオフとなる局面においては、それが生じるのか否かの考慮を規制機関に課すことである。以上のことは、リスク規制についての彼の基本的視角を示したものであると考えられるが、しかし、以下のような疑問がある。それは、リスク評価にかかる市民の評価をどこまで反映させるのかである。サンステインの指摘自体は、規制機関の行う決定作成過程における市民参加を積極的に評価するものであつて、この限りにおいては正当な指摘であろう。しかしながら、ここでも通約不可能性が問題の所在となる余地があると思われる。すなわちリスク評価に関わつて、サンステインは、選好の内生性もたらす諸々のバイアスを別にすれば、リスクの破滅的性質およびこのコントロールが可能か否か等に對する市民の評価を考慮すべきであることを述べている(註1335)。しかし、例えば大規模災害のリスク等を想起すれば、専門家が過去のデータに基づいてリスクを評価する場合と過去

に災害を経験した市民とでは、これらの評価が通約不可能となる場合がありうるのではないだろうか。このような場合であっても、現実に規制機関は、なんらかの選択を行っているのであり、これをいかに説明するのか、および現実に規制機関が専門家以外の市民によつて判断された非数値的評価をどのように決定作成過程に反映させることが可能であるのかは、明確には述べられていない。ただし、とくにこの後者は、行政法学において取り組むべき課題のひとつであつて、今後、より広範に検討されなければならないであろう。

(3) リスクのトレードオフへの対処

第三に、サンステインは、機関横断的にリスクのトレードオフが生じうる場合に、OIRAによる事前審査のみならず、あるリスクを規制することによつて、他のリスクを生じさせてはならないよう考慮する義務を規制機関に課すPPA改正論を提起している。彼の指摘によれば、この考慮義務のコントロールは司法審査によつてなされるのである。しかしながら、司法審査の局面において、単一の規制機関に機関横断的な判断を要求することは、省庁別の組織形態となつて以上は実行可能性という点で困難ではないだろうか。また、仮にそのような考慮がなされたとしても、高度に専門技術的な判断がなされること

にならうことから、司法審査によるコントロールがどこまで可能となるのかも疑問である。

(4) 規制の費用便益分析に対する評価

第四に、以上において紹介してきた特徴的と思われる叙述は、要約すれば、*command and control*のパラドックスの指摘をし、規制をより実効的かつ民主的にするために、規制の諸改革を主張していることであるといえよう。そのなかでも、とくに規制の費用便益分析に対する肯定的評価を、その特徴として挙げるができるのではないだろうか。なぜなら、O S H Aによる有害物質の指定において費用と便益の考慮が指摘されているように（第十二章）、サンスティンは、規制の設定にかかる費用便益分析の必要を立法論のみならず解釈論としても述べているのである。しかし、彼が費用便益分析を高く評価することに対しては、社会的便益と社会的費用の総計が釣り合うよう考慮することによって、制定法の依拠する法的価値判断とは異なる価値判断を行っているという指摘がなされている。これは、規制にかかる費用および事業者の遵守費用を軽減することによって、環境保全などの制定法の目的を十分に達成できない余地があることを批判するものと思われる。したがって、問題の所在は、制定法の目的に反しないかぎり、規制機関が便益と費

用を考慮するようにコントロールすることが可能であるのか否かであると思われる。サンスティンは、市民参加によって費用便益分析を民主的にコントロールすることを主張しているため（*ibid.* 380）、彼の基本的論理枠組みとしては、これを前提に費用便益の考慮を行うことが想定されているとはいえないであろうか。ただし、なにを費用とするのか、または制定法の目的から逸脱しないためにいかにコントロールするのかがという問題の所在に対し、はたして市民参加によってこれを解決できるのかは、サンスティンの叙述が一般的な視角の提示にとどまっているために、明らかではない。

さらに、次に検証するように、費用便益の考慮を高く評価するサンスティンの主張にはそもそも内在的矛盾が存在するようと思われる。彼が高く評価する費用便益分析においては、リスク評価に際しての市民参加の手續をとまなうのであって、費用と便益の注意深い分析が必要となる。これに加えて、サンスティンの主張によれば、リスクのトレードオフ現象が生じうる場合には、O I R Aによる事前審査によって、また司法審査において、ある規制機関に機関横断的考慮の説明が要求されることは前述のとおりであるが、このことによって、リスク発生原因や将来予測を詳細に説明する義務が生じてこよう。したがっ

て、規制機関は、ある規制を行う場合に、以上のような検討作業を課されることになるのである。このような義務を課されることになれば、人的、財政的および時間的資源を要することになり、前述の規則制定の硬直化のごとく、規制の硬直化を生ぜしめることになるのではないだろうか。つまり、規制機関が費用便益の考慮を行うことは、これに付随する検討作業が増加するがゆえに、規制の硬直化を生み、サンステインの意図とは逆に、規制目的を達成することが困難となるのではないかと思われるのである。もともと、彼は、費用便益の考慮が時間の浪費となりうることも想定するが (p. 370)、これへの対処方法を述べることなく、リスク規制における費用便益分析過程に市民の評価を反映させ、および関連してリスク規制におけるトレードオフを考慮する義務を規制機関に課すことを主張しているであって、このことは、規制目的達成を困難にしうるのであり、規制のパラドックスを生むという矛盾をはらんでいると指摘することができる。

(三) 熟慮民主主義

サンステインは、これまでも利益集団民主主義の弊害を指摘する研究を発表し、そのなかでマディソンの思想に依拠した公民的共和主義および熟慮民主主義を提唱してきた⁴⁰。本書は、

論文集であるため体系性はあまり厳格ではないが、彼の提唱するこの民主主義論は、本書においても様々の箇所にもみることができる。

第一に、選好概念の分析を通じて、民主的政治過程という文脈が政治的な選好または選択に与える影響が論及されており、とくに、人々が消費活動において行う選択と民主的文脈において行う選択とが異なる、という彼の認識が明らかにされている (p. 2156)。このことは、市民が、その支持する政策がもたらす期待効用に基づいて政治的選択を行うという、公共選択理論における一般的な合理的行動モデルに対する挑戦を目的としている。たとえば、ごみの分別処理を普段実行しないような人がリサイクル政策を支持する場合のように、消費者としての選択と政治参加者としての選択の相違は、著者によれば、後者の選択の、個人を離れた集合的な特色に起因し、そこでは、政治的文脈に特有の「熟慮と理由付け」が反映されている (p. 22)。政治的熟慮の側面は、有益な追加的情報や埋もれた声などの反映によって、現存の選好に影響を与える (p. 22)。それはまた、熟慮的または利他主義的目標を政治的選択によって実現しようと促す社会規範の作用でもあり、市民という社会的役割は利己性を抑制し、公共善への注目を促す機能を持ちうるとされる (p.

本書)。以上のような彼の叙述は、選好の内生性または選択の文脈性の認識を前提に、これらを民主的熟慮の基礎に置くべきであるという主張に繋がるものと思われる。

第二に、規制の在り方と民主主義の相関関係も以下のように明示されている。すなわち、独立規制委員会が大統領の監督から独立しているがゆえに、利益集団によって取り込まれてきたというパラドックス（第十一章）や、環境保全のために、EPAが大気汚染を軽減させる使用燃料を指定することによって、大気汚染を防止することを目的とした規制は、燃料の指定においてEPAとエネルギー産業との癒着を生じさせてきたこと（第十三章）が、本書において指摘されているのである。

この熟慮民主主義のいくつかの構成要素が本書を通じて述べられているが、そのなかでも彼の提言を理解するために重要となるのは、情報の普及であると思われる。市民が公共的争点に対して熟慮をするためには、十分な情報を得ることが不可欠であつて、第五章において述べられているように、リスク評価に市民の評価を反映するためには、まずリスクの情報が十分に公開されていなければならない。⁸³第七章において、思想の自由市場と自由市場と同様のものとみなしてメディア規制を緩和または撤廃する考え方が、彼によれば批判の対象となることも、

情報提供の重要性を重視し、メディアが公共的役割を果たすべきと考えているからであろう。例えば、八七年に撤廃された公正原則（Fairness Doctrine）についてみれば、彼によれば、これを合憲とした六九年の最高裁判決が、民主的熟慮を促進するものである一方、FCCによるこの撤廃は、市場モデルを採用したものととして批判の対象となるのである。すなわち、言論の自由は、本来的には消極的自由であるにもかかわらず、熟慮民主主義の展開にとって情報が大きな役割を有しており、これを提供する放送の公共的役割が存在するために、言論を規制することが正当化されているのである。これは、サンスティンの主張の特色のひとつであろう。このように、メディアに対して公共的役割を要求することは、熟慮民主主義の構築にとって重要な性を有しているのである。

以上において述べてきたような情報の普及以外にも熟慮民主主義にとって必要となる要素が言及されている。それは、第一に、分権化であり（第十三章）、第二に、選挙過程の平等を保障することである（第九章）。分権化とは、ここでは、連邦から州または地方へと規制権限を移譲することである（Bickel⁸⁴）。このことが論理必然的に民主主義をより促進することにはならないが、それぞれの住民の規制過程への参加が容易にな

ること、および連邦規制に比較してより安価かつ実効的に規制目的を達成することが可能となることを、彼は主張している(註 35)。また、選挙過程の平等は民主主義過程の適正さを保障するものであるが、本書においては選挙資金規制の仕組みが選挙過程の歪みを生じさせ、新人候補よりも現職候補が選挙活動を有利に行いうるなどの意図せざる結果を生むため、これを是正すべきことが指摘されている(註 23, 27)。選挙という民主主義の根幹をなす手続を可能な限り公平にすることが熟慮民主主義の構築に資するからこそ、政治活動を実質的に平等とすることを目的とした、かかる主張がなされているものと思われる。

熟慮民主主義の構想に対しては、これまで、一般的な提言にすぎず、これの具体的提示が課題であると指摘されていた。⁶³ 右に紹介したサンステインの主張は、熟慮過程の構築に必要とされるいくつかの条件およびこれの整備の在り方を示したものはいえようが、なお熟慮民主主義の具体的展開化とは評価できないのではないかと思われる。したがって、課題は残されたままであると指摘することができるだろう。しかしながら、本書において熟慮民主主義を一定程度具体化したものとして、費用便益分析における市民参加の主張を挙げることができると思わ

れる。これは、前述のとおり、富の最大化や経済効率性という一元的な評価規準によって政策を行うためのものではなく、価値の通約不可能性に直面して、市民が行う様々な価値規準を多目的に採用することを提言するものである。しかし、公共的事項に対する民主的熟慮が私的嗜好とは異なった性質を有するとはいえ、嗜好一般にみられる様々なバイアスやレント獲得の動機が、市民の価値規準を反映する熟慮の政治過程においても払拭されないと考えられることは、(一)において述べたところであるが、これは、利益集団民主主義や多数者の専制を乗り越えるために理論的に直面せざるを得ない課題であると思われる。⁶⁴

四 以上で本書の特徴と思われる三点を述べ、これに対する若干の検討を行ったが、本書は、『自由市場と社会的正義』というタイトルに示されているように、市場化が社会的正義を実現しうるのか否かを検討視角として、市場システムにおいて重要性を有している選好概念を軸に、他の学問分野における実証的研究を参照することによる経済的放任主義への批判、これを前提に費用便益分析の導入による規制の改革およびそこでの市民参加の必要を主張することによる熟慮民主主義のひとつの具体化を展開するものであった。

本書に対しては、次のような評価ができればよい。市場化の鍵となる概念である個人の自律について、リベラリズムが、自らの目指す社会像を提示する際に、国家が侵害しえない個人の私的領域を定義しようと様々な解釈を行ってきたのであるが、それに対しサンステインは、選好の文脈依存性を認識したうえで、国家の積極的関与を通じてそれを様々な文脈から解放することによって、むしろ個人の自律が保障されることを主張しており、自律または自由の概念のひとつのあり方を模索しているものといえよう。このように個人の自律にとつて積極的役割を担う国家が利益集団の弊害や多数者の専制を免れた賢明な決定をいかにして行いうるかという観点から、command and controlの限界を指摘し、規制の費用便益分析等に肯定的評価をすることは、現在行われている「規制改革」に対する彼の基本的視角を提示したものであることができるだろう。

ただし、本書は、少なくとも規制の在り方および熟慮民主主義の構想において、なお著者の基本的視角を提示するにとどまり、この視角を具体的に展開するものとはなっていない。そこで、行政領域に即して規制の在り方を考察すること、および熟慮民主主義の具体的展開が課題であると思われる。

なお、本書において提示された視角がわが国にどのような示

唆を与えるのかについては、市場化の現象が日米のみならず、先進資本主義諸国において共通するものであるとしても、アメリカ民主主義の伝統や日米における憲法構造および行政のコントロールの仕組みの相違があらためて意識されるべきであろう。そこで、サンステインの視角の前提となるアメリカ国家の諸問題を把握したうえで、アメリカ公法学および法哲学の現状に彼の理論を位置づけることが課題となるように思われる。

註

- (1) アメリカの行政改革については、以下の業績を参照した。
八〇年代の行政改革については、さしあたり、社会的規制の緩和のイデオロギー性を指摘した、紙野健二「レーガン行政改革の法構造」法の科学一八号四八頁以下、司法積極主義から司法消極主義への転換と規制緩和政策との関係を考察した、同「アメリカにおける規制緩和と司法審査の転換」『室井力先生還暦記念論集 現代行政法の理論』（法律文化社、一九九一年）三頁以下を参照。九〇年代の行政改革については、本多滝夫「成果重視」の二つの行政改革」法時七〇巻三号二九頁以下が大統領および連邦議会による政策目標の達成を審査する手法（NPRおよびGPRA）について検討し

ている。また、同「アメリカにおける行政改革の理念と実像」ジュリスト一六一号四〇頁以下は、大統領命令一二八六六号に基づく改革およびNPRを考察している。

(2) なお、本稿では、各個人が私的利益を追求する活動に規制機関が関与しない状態を市場と考えている。規制目的を達成するために刑罰によって義務の履行を確保するのに代替して、執行罰などを導入することも、義務履行の経済的インセンティブに依拠している点で、部分的に市場ということも可能かと思われるが、本稿では、かかる場合には市場ということも表現を用いることはしない。したがって、市場化とは、規制の緩和または撤廃の現象を示す概念として用いている。

(3) 市場化によって国家の存在理由が希薄化し、消滅の危機にあるという認識を前提に、ニューディールを再考するアメリカ憲法学の動向を検証し、市場化にともなう問題の所在を明らかにすべきことを提起するものに、阪口正二郎「『国家・規制・市場』再考—ニューディール再考と憲法学の可能性—」法時七一巻六号一一二頁以下がある。

(4) 現時点における著作には、以下のものがある。CASS R. SUNSTEIN, AFTER THE RIGHTS REVOLUTION: RECONCILING THE REGULATORY STATE (1990) [hereinafter SUNSTEIN, RIGHTS

REVOLUTION]: THE PARTIAL CONSTITUTION (1993) [hereinafter, SUNSTEIN, PARTIAL CONSTITUTION]; DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH (1993); LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT (1996); ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999). また共著として、STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES (1999). 行政法(古ナキストと)として、STEPHEN G. BREYER, ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES (4th ed. 1999). また、RIGHTS REVOLUTION および PARTIAL CONSTITUTION の邦語紹介として、大沢秀介「著書紹介」アメリカ法「一九九二—」四八頁以下、同「一九九四—」二九四頁以下がある。

(5) SUNSTEIN, RIGHTS REVOLUTION, *supra* note 4, at 11-110; PARTIAL CONSTITUTION, *supra* note 4, at 40-92.

(6) 本章は、SUNSTEIN, PARTIAL CONSTITUTION, *supra* note 4, at 162-94. とは(同)の内容となっている。

(7) 例えば、喫煙行動とファッション感覚や反喫煙キャンペーンとの関わりなどが例として挙げられている。CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE: 33 (1997).

- (8) 本章を紹介したものに、青木一益・駒村圭吾「論文紹介」アメリカ法「一九九六—二〇〇一」三〇頁以下がある。
- (9) なお、この用語はもともと、BRUCE A. ACKERMANによつて用いられたものである。See BRUCE A. ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* (1991). 彼の、改正手続によらない憲法改正論を紹介し、検討したものと、阪口正二郎「立憲主義と民主主義・五」法時七〇巻六号一〇九頁以下および同「立憲主義と民主主義・六」法時七〇巻七号八〇頁以下のほか、川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆国憲法の正統性—ブルース・アッカマンの『三元的デモクラシー論』への覚書」早稲田政治経済学雑誌三三二〇号二八六頁以下も参照。なお、108 YALE L. J. 1917 (1999) は、「変容の契機—アメリカ憲法における転換」と題する特集を組み、彼の「憲法的契機」論を展開している。アッカマンも含め、ニューデールの再考がアメリカ憲法学において行われているが、この動向を紹介し、サンステインの位置づけを試みたものに、阪口前掲註(3)論文がある。なお、阪口論文では、constitutional moment は、「憲法的瞬間」と訳されているが、本稿では、時間的要素に限定されないと考えたため、「憲法的契機」と訳出することとした。
- (10) 「合理性」という概念も多義的であり、選好における合理性と選択における合理性とが区別されうるが、ここでは無論後者の意味の合理性が分析の対象となっている。
- (11) 支払意欲と受入意欲との乖離は、その財に対する権利の有無による貧富の差がその個人にとつての金銭価値の相違をもたらし、すなわち所得効果 (income effect) または富効果 (wealth effect) という別の現象が原因となっているといふ考え方も一応成り立つが、ここでは、所得効果では説明がつかないほど支払意欲と受入意欲との格差が著しいことが前提となっている。SUNSTEIN, *supra* note 7, at 267 n.8. この点についてはさしあたり、川浜昇「法と経済学」と法解釈の関係について(一)—批判的検討—民商法雑誌一〇八巻六号三二—三四頁を参照。
- (12) 良好な環境を享受できない立場にいる人々が環境財の価値を低く見ることなどがその現象である。しばしばそれはその利用不可能な財に対する認識を自ら低い方向へ変更することをその理由とする。
- (13) See SUNSTEIN, *RIGHTS REVOLUTION*, *supra* note 4, at 11-46; PARTIAL CONSTITUTION, *supra* note 4, at 40-92.
- (14) もちろん、政治過程を利益集団の競争の場とすることは、

政治領域への市場的価値の侵入であり、この議論からも著者が利益集団政治を排する意図が窺える。

- (15) こうしたいわゆる市場のドミノ効果に関しては、*See Margaret J. Radin, Market Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1989).

(16) パターナリズムという概念を、サンズティンはかなり緩やかに用いているようであり、それは、その定義よりも、法的介入が必要と思われる個別的事由についての考察に主たる関心が向けられているからであろう。パターナリズムの定義を緩やかにすることによってそれ自体をあまり考察の対象とせず、定義とは峻別したうえでその正当性を論じる、という近時のこのような傾向については、瀬戸山晃一「現代法におけるパターナリズムの概念」*阪大法学四七巻二号二三三頁を参照*。

(17) ただ、この主張を徹底すると、究極的には市場システムの完全撤廃に繋がりにかぬないこともあるのか、この理由に基づく反差別立法の可能性は市場メカニズムの有用性を考慮した限定的なものとならざるをえないとしている。*SUNSTEIN, supra note 7, at 164.*

(18) サンズティンは、選好の内容自体が道徳的に誤っていると

いう理由でそれを政府が否認するような介入行為は否定しているようである。*See Cass R. Sunstein, Interference with Private Preferences*, 53 U. CHI. L. REV. 1129, 1171 (1986).

- (19) *See Cass R. Sunstein, Disrupting Voluntary Transactions*, in

MARKETS AND JUSTICE 294-95 (John W. Chapman & J. R. Pennock, eds. 1989). この点は論争的であるが、政治理論・社会理論における種々の契約論 (contractarianism) に対して、

ひとつの重大な指摘となりうる。合意の基礎をなす選好の合理性に周到な分析を加えたうえで契約論を展開する小林公教授も、自律的選好そのものの定義は回避し、選好の自律性を阻害するとされうる現象の列挙にとどめている。小林公「合理的選択と契約」(弘文堂、一九九一年)二四—四二頁参照。

(20) あらゆる私的領域が常に政治的選択の産物であることを承認すると、権力を抑制するためのベースラインを判定する非政治的な基準が失われてしまう、という見方である。*See LOUIS M. SHIDMAN & MARK V. TUSHNET, REMNANTS OF BELIEF: TEMPORARY CONSTITUTIONAL ISSUES* 66-70 (1996).

(21) このような「改革」の動向については、註(1)に掲げた文献を参照。

(22) 航空規制の規制撤廃の局面において、航空路の指定等の規

制を撤廃することによって、安全規制および航空交通に対するコントロールがより一層必要となったことを例に挙げつつ、「ある領域を通じてなされた規制緩和または撤廃によって、政府の存在意義 (Presence) を強化する必要の生じる」とがありうるのである」と述べるものに、SUSAN R. ACKERMAN, *RETHINKING OF PROGRESSIVE AGENDA: THE REFORMATION OF THE AMERICAN REGULATORY STATE*: 140 (1992).

なお、このことはわが国においても同様であって、「民営化は新たに創出された市場に対するなんらかの規制の強化を余儀なくするか、さもなければそこでの公共性に何らの考慮をも加えない露骨な利潤追求を放置する」ことになるのである。紙野健二「民営化」法時七〇巻三号五五頁。

(23) このうちのとくに、第一ないし第三点のパラドックスを克服する方法としては、規制を撤廃することもありうるが、同書においてサンステインはこの方法を採らず、command and control に代えて、経済的インセンティブを基礎とした規制によるべきであること、および規制にかかる費用と便益を考慮する必要を述べている。See SUNSTEIN, *supra* note 7, at 109-110. もつとよま、このあらゆる規制のパラドックスは、RIGHTS

REVOLUTION において既に指摘されていたところである。したがって、以前に示されていた基本的視角が、ここでも展開されていることを指摘できよう。

(24) 例えば、BATを採用しないこと、経済的インセンティブに基づく規制を導入すること等が例に挙げられている。See SUNSTEIN, *supra* note 7, at 289.

(25) アメリカ環境法領域における command and control の改革と経済的インセンティブに基づく規制の導入をわが国に紹介しているものとして、さしあたり北村喜宣「アメリカにおける大気汚染規制の改革」民商法雑誌九七巻三号二八頁以下を参照。この規制形態の是非やこれのコントロールの必要性は、わが国においても検討されている。近年の業績としては、執行罰や過料などの積極的意義を認めることを前提にしつつ、これの法的統制の必要を述べるものとして、曾和俊文「経済的手法による強制」公法研究五八号二二〇頁以下、また規制目的を課税や融資によって実現することを述べたものに、中里実「誘導的手法による公共政策」『現代の法 四 政策と法』(岩波書店、一九九八年)二七七頁以下がある。

(26) See Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking process*, 41 DUKE L. J. 1385 (1992); Richard J.

- Pierce, *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, 47 ADMIN. L. REV. 59 (1995). なお、McCarthy 論文の邦語紹介として、紙野健二「論文紹介」アメリカ法「一九九四—」九一頁以下がある。また、規則制定からの逃避現象の紹介として、トッド・D・レイコフ（中川丈久訳）「米国の行政的規制におけるフォーマルな方式とインフォーマルな方式の選択」神戸法学雑誌四八巻二号四一七頁以下も参照。規則制定の硬直化の近年の展開のひとつとしての、APPA上の告知手続を経ずに規則を制定する direct final rulemaking を検討したものとして、Lans Noah, *Doubts about Direct Final Rulemaking*, 51 ADMIN. L. REV. 401 (1999).
- (27) 裁決と比較した場合、規則制定がかかる長所を有していることは、JEFFREY S. LUBBERS, A GUIDE TO FEDERAL AGENCY RULEMAKING 102 (3d ed. 1998).
- (28) この文脈で著者がとりわけ強調するのは、身近に起きたとくに印象の強い何らかの事故から一定のリスクを過大評価すること等によって生じる、利用可能性 (availability) による発見的教授法 (heuristic) の効果である。See SUNSTEIN, *supra* note 7, at 135-136, 260-261. この点については、メディアを通じて情報提供において細心の注意が必要であると述べられて
- いる。See *id.* at 124.
- (29) すなわち、「Sunstein が、規制の正当性を効率性のみならず、民主主義に重点を置いた上で、規制が『合理的な費用で』実施されることを求めている点は注目に値するが、他方で、制定法は『社会的便益の総計が、社会的費用の総計と釣り合うよう』に解釈されるべきである」とすることによって、制定法が本来依拠していた法的価値判断とは、異なる価値判断によって、解釈論を展開しようと試みる」ことの指摘である。山田健吾「アメリカ環境保全行政における『経済的配慮』の変容〔完〕」法政論集一七六号三二八頁を参照。
- (30) サンステインを直接に批判するものではないが、規制改革の下でのリスク評価および費用便益の考慮が、規制の硬直性を生じさせるという指摘を行うものとして、Thomas O. McCarthy, *The Expand Debate over the Future of the Regulatory State*, U. CHI. L. REV. 1463, 1523 (1996).
- (31) See Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 STAN. L. REV. 29 (1985). また、彼の共和主義思想を紹介し、検討を加えたものとして、大沢秀介『アメリカの政治と憲法』(吉書房、一九九二年)を参照。
- (32) なお、サンステインは、食品添加物の表示などの情報を通

じた規制の形態を重視する。これは、本書においては詳しくは述べられてはいないが、command and controlに代替して、情報提供を事業者に義務づける間接的規制によって規制目的を達成しようとするものである。Cass R. Sunstein, *Informational Regulation and Informational Standing: AKINS and Beyond*, 147 U. PA. L. REV. 613, 618-28 (1999). の規制は、食品安全表示のように消費における市民の選択を重視し、またVチップのように青少年に悪影響を与えるとされた番組をより多く放送する放送局を監視する役割を行政ではなく市民に担わせており、このことから、規制目的の達成を市民による民主的熟慮に委ねているといえよう。

(33) 註(4)に掲げた大沢教授による紹介を参照。

(34) なお、熟慮民主主義への批判として、ある政治的選択を利益集団間のパーゲニングや多数の専制とは厳格に区別された熟慮に基づくものと標榜するためには、民主的決定をあらかじめ制約するなんらかの具体的な公共価値を想定せざるをえないという指摘がなされている。井上達夫「法の支配—死と再生」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界「I」』法的思考の再定位』（東京大学出版会、一九九九年）二二二—二二八頁を参照。

※ なお本書は、法学研究科において紙野教授が主宰する「公共選択と公法学」研究会の検討素材となったものである。