最高裁判例とナッシュ均衡[1]

村　上　範　明
信州大学経済学部

1　ゲーム1の定義―ある論点について始めて最高裁小法廷が結論を出す場合

次のようなゲームを定義する。

1.1　プレーヤーの集合 N（最高裁判事候補者＋「自然」）

ゲームはあるタイムスパンで行われる。プレーヤーの集合を N とする[2]。N のメンバーとしては，最高裁判事に任命される可能性がある人とする。どのくらいの範囲までメンバーを考えるかであるが，高裁長官，高裁総括判事，高名な学者，高級官僚，などで，この世界に詳しい人が考えて少しでも可能性があると思われる人を想定している。いわば最高裁判事候補者の人たちである。50人から100人くらいのイメージであるが，このゲームがどのくらいのタイムスパンで行われるかでメンバーの数も変わってくる[3]。これに加えて，特別なプレーヤーとして「自然」をメンバーとする。

1.2　自然以外のプレーヤーの戦略

プレーヤーの戦略。これは「自然」とそれ以外のプレーヤーで異なる。

「自然」以外のプレーヤーの戦略は，憲法上の争点を含む論点が与えられた時に，一般事実から学説判例状況を考慮して立法事実を選び出し，その論点について自分の意見を導き出すことである。

以下，順に一般事実，学説判例状況，立法事実を定義する。また，プレーヤーの意見が導き出される過程について検討する。

定義： t 時点における**一般事実** G_t とは，t 時点における，およそ人間社会に関係あるすべての事象の集合のことである。

G_t は，社会的・経済的・文化的な事象に限らない。技術水準や自然科学の成果，さらには自然現象一般をも含む。例えば，iPS 細胞を基とした人工臓器の作成とその移植，あるいは生殖医療や胎児治療の発展のような医学の水準も含むし，地球温暖化のような自然現象も含む。東日本大震災のような自然災害も含む。超新星の爆発で夜空が明るくなったとしたら，そのような現象も含む。影響の多寡を問わず，およそ人間社会に関係あるすべての事象を含むこととする。影響の多寡を考慮すると，影響の多寡に関する価値判断が入ってしまう。一般事実の定義ではそのような価値判断を排除することとしたいのである。一般事実は**客観的な事実**である。

ここで，**憲法上の争点を含むある論点**が与えられたとする。このとき次の定義をする。

定義：憲法上の争点を含むある論点についての，t 時点での**学説判例状況**とは，その争点に関して t 時点で表明されている，学説および判例（最高裁判決・決定および下級審の判決・決定すべて）の集合である。

時点 t をゲームが行われるタイムスパンに属

---

[1]本稿は青井未帆氏（学習院大学，憲法学）の存在なしにはこの世に出ることはなかった。氏は本稿を書くきっかけとなる質問を著者にして下さった。氏のご質問への回答が発展して最終的に本稿が成立したのである。また，氏からは本稿のごく初期の草稿に対し，丁寧なご助言を頂いた。しかしながら，言うまでもなく，本稿が有するかもしれない，憲法学上の理解の誤りもしくは疑問点への責任はすべて著者にある。著者はまた，憲法学及び経済学をそれぞれ専門とする2人の査読者に感謝したい。お二人のご意見は著者の頭を整理するのに大変有益であった。

[2] 7章に記号がまとめてある。

[3]タイムスパンを10年，20年と考えると地裁・家裁判事まで考慮に入れる必要が出てくるかも知れない。

するすべての時点としてできる，学説判例状況S_t全体の集合をSと表記する。すなわち，$S_t \in S$。

tは連続量ではなく，ゲームの行われるタイムスパンの中で有限個の離散的な値を取る。したがって，Sは有限集合である。具体的には，$t=1990$，$t=2000$として，1990年時点とか2000年時点とかと考える。あるいは，これを1990年代とか2000年代とか考えることも可能であろう。以下では，とくに断らない限りつねに，この憲法上の争点を含む論点が１つ固定して考えられていると仮定する。

S_tについて注意すべき性質として，$t_1 < t_2$ならば$S_{t_1} \subset S_{t_2}$というのがある。これは，時点が下るに連れて，学説も判例も新しく加わるからである。

S_tの中に特別な判例が存在する場合がある。それはt時点での最高裁の判例である。これをs_t^*と表記する。これは任意のtに関して存在するとは限らない。まだ，最高裁の判例が出ていない場合があるからである。しかし，あるtに関して，s_t^*が存在すれば，$t' > t$となる任意のt'に関して$s_{t'}^*$は存在する。

次に，上で述べたある論点に関して，このゲームが行われるタイムスパンの間に出される可能性のある意見p全部の集合Pを考える。pも離散的な値を取る。したがって，Pは有限集合ではあるが，t時点での意見の集合というようにはしない。集合Pは学説判例を含む。これでは学説判例状況S_t全体の集合Sと変わらないかに見える。しかし，５章で述べるように，t時点では未だ表明されていない意見も含むので，異なるものである。

Pに距離ρを導入する。例えば，$\rho(p_1,p_2) < \rho(p_1,p_3)$は意見$p_1$と意見$p_3$の隔たりは，意見$p_1$と意見$p_2$の隔たりよりは大きいという意味である。また，$\rho(p_1,p_2) \fallingdotseq \rho(p_1,p_3)$は意見$p_1$と意見$p_2$の隔たりと意見$p_1$と意見$p_3$の隔たりはあまり変わらないという意味である。このような議論は経験的には行われている。距離の性質から$\rho(p,p)=0$，$\rho(p,p')=\rho(p',p)$であることにも注意する。1.5節以下で見るように，この距離ρの導入は本質的である。

プレーヤーの戦略は先に述べたように，与えられた論点に関して意見を述べることであるが，プレーヤーが実際に表明する意見とは別にプレーヤーの本来の意見というものを理論的に仮定する。プレーヤーは本来の意見をまず形成し，その上で他のプレーヤーの意見を考慮した場合，本来の意見をそのまま実際に表明するのがよいか，本来の意見とは異なる意見を表明した方がよいか，どちらが自分の利益になるかを検討し，自分の利益になる意見を実際に表明すると考えるのである。

プレーヤーの**本来の意見**が導かれる過程は，２つの過程からなる。１つは，G_tの中で当該論点に関係あると思われる事象をその時点での学説判例状況を考慮しながら選び出す過程であり，もう１つはそのように選び出された事象の集合と，その時点での学説判例状況とから自分本来の意見を導く過程である。

定義：立法事実とは，プレーヤーによって，ある論点が与えられた時点での一般事実G_tの中から，その時点での学説判例状況S_tを考慮しながら当該論点に関係あるとして選び出された事象のことである。

これを数学的に表現すると以下のようになる。

時点tをゲームが行われるタイムスパンに属するすべての時点としてできる(G_t,S_t)の集合をU，同じくG_tの集合をGとする。

G_tのすべての部分集合の集合を$\mathfrak{P}(G_t)$[4]，一般事実G_tのある部分集合をL_tとする。すなわち，$L_t \in \mathfrak{P}(G_t)$である。あるいは同じことだが，$L_t \subset G_t$である。立法事実とは学説判例状況を考慮しながら，プレーヤーによって選ばれたあるL_tに外ならない。G_tから学説判例状況を考慮しながら，L_tを拾い上げる過程を選出関数という。すなわち，

定義：プレーヤーiの**選出関数**h_iとは，Uから$\mathfrak{P}(G_t)$への関数

$$h_i : (G_t,S_t) \mapsto L_t$$

のことである。

選出関数はプレーヤー i に依存することに注意されたい。日常の言語で言うと，プレーヤーの選出関数とは， t 時点での一般事実の中から問題になっている論点に関係あるものとして，そのプレーヤーが t 時点での学説判例状況を考慮しながら，どのような事象を立法事実として拾い上げるか，を表す関数である。争点となっている論点にどのような立法事実が関わるとするかはプレーヤーによって異なりうるのである。

L_t は最高裁の裁判書において，多数意見の中で，あるいはそれと並んで，補足意見，反対意見もしくは意見の中で明示されることが少なくない。

以上のように，「一般事実」と「立法事実」とを定義したことにつき，ここで若干の説明が必要であろう。芦部信喜氏は「憲法事件では，……違憲か合憲かが争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実が，問題になる。法律が合憲であるためには，その法律の背後にあってそれを支えている右のような一般事実の存在と，その事実の妥当性が認められなければならない。この事実を……立法事実と言う」と述べている。このような理解は広く学説判例として受け入れられていると思われる[5]。

ここで，「一般事実」に「違憲か合憲かが争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な」という限定が付いていることに注目したい。たんなる「一般事実」ではないのである。このような限定が付いている「一般事実」ということは，「一般事実」からこのような限定にふさわしいものとして選ばれた事実ということになる。選ばれたということは，選んだ主体の判断が入っていることになる。

そこで，本稿では「一般事実」を客観的な事実とし，その中から判断する主体（プレーヤー）によって問題になっている論点に関係あるものとして選出された「一般事実」の一部（数学的に表現すれば部分集合）を「立法事実」と定義したのである。

本論に戻ろう。(G_t,S_t)に対して L_t として選ばれた立法事実を元に，学説判例状況を考慮しながら意見を導く過程を**狭義の本来の意見関数**という。時点 t をゲームが行われるタイムスパンに属するすべての時点としてできる(L_t,S_t)の集合を W とする。狭義の本来の意見関数を数学的に表現すると，

定義：プレーヤー i の**狭義の本来の意見関数** g_i とは，(L_t,S_t)の集合 W から，ある論点に関する意見 p 全部の集合 P への関数

$$g_i : (L_t,S_t) \mapsto p \tag{1}$$

のことである。

一般事実と学説判例状況から自分の意見を導く過程を**本来の意見関数**という。これは上に述べたように，まず一般事実と学説判例状況から立法事実を拾い出し，その上でその立法事実と学説判例状況から自分の意見を導くという，２段階になっている。数学の言葉で言うと，合成関数である。ただし，厳密に数学的に表現するには少しだけ面倒なことをしなければいけないので，以下，９行下の本来の意見関数の定義までは数学になじみのない読者は無視されて構わない。要は，一般事実と学説判例状況から自分の意見を導く過程が２段階になっているということを認識して頂くことである。

U から W への関数 h'_i を次のように定義する。

---

[4]通常数学では，$\mathfrak{P}(G_t)$の要素に空集合を含める。ここでは空集合を含めないこととする。この註はテクニカルな註なので，数学になじみのない読者は無視して構わない。

[5]芦部信喜『憲法』（第４版），岩波書店，2007年，366ページ。戸松秀典『憲法訴訟』（第２版）有斐閣，2008年，第９章第４節。最近の判例としては，在外国民投票権訴訟判決（最大判平成17年９月14日），国籍法違憲判決（最大判平成20年６月４日）を例として挙げうる。ただし，判例は「立法事実」という言葉をそのものとしては用いていない。

$h'_i : (G_t, S_t) \mapsto (L_t, S_t)$

このとき，

定義：本来の意見関数とは，UからPへの合成関数$f_i = g_i \circ h'_i$のことである。

定義：$\hat{p}_i = f_i(G_t, S_t)$を i の t時点での**本来の意見**という。

iの本来の意見とは，t時点での一般事実と学説判例状況とに照らして，iが望ましいと考える意見である。各プレーヤーiにはただ１つの本来の意見関数f_iしかないと仮定する。f_iはプレーヤーの法に携わるものとしての，いわば立場もしくは主義である。

1.3　自然というプレーヤーの戦略

自然というプレーヤーは，n回（nは正の整数）にわたり，それぞれある時点でプレーヤーの集合Nから自分以外の５人を選ぶ。これはランダムな選択をゲーム理論で処理する場合の標準的な方法である。この５人のことを**最高裁判事**という。実際にプレーするのはこの５人である。ただし，選び方に制約が２つある。１つは，あるn_0回に選ばれたプレーヤーが次回n_0+1回に選ばれる確率はきわめて高い（例えば，95%）。もう１つの制約は，あるn_0回に選ばれたプレーヤーが次回n_0+1回に選ばれなかったら，それ以降のどの回でも選ばれない。最初の制約は，一度最高裁判事に任命された人は通常しばらくはその地位に居続けるということの数学的表現であり，第２の制約は，定年やその他の理由で最高裁の判事がやめる事態の数学的表現に過ぎない。

各回ごとに選ばれた５人を１，２，…，５で表すこととする。各i＝１，２，…，５は自分の戦略に従って，p_iを決めることになる。あとで詳述するように，このp_iはiの本来の意見とは限らない。

1.4　各回のゲームの行われ方

各回ごとに選ばれた５人の最高裁判事は，各自の意見p_iを出す。その結果，多数意見が小法廷の結論p^*として決まる。これを判決もしくは決定と言わず「小法廷の結論」というのは次のような理由による。このゲームは５人の判事からなる小法廷を想定している。しかしながら，「当事者の主張に基いて，法律，命令，規則又は処分が憲法に適合するかしないかを判断するとき」もしくは，それ以外に「法律，命令，規則又は処分が憲法に適合しないと認めるとき」は大法廷で審理されなければならない（裁判所法10条１号および２号）。これらの場合は，小法廷でたとえ結論が出たとしても，その旨を大法廷の裁判長に通知しなければならない（最高裁判所裁判事務処理規則９条）。当該事件が大法廷で審理された結果，判決もしくは決定が小法廷での結論と同じになるという保証はない。しかしそうであるとしても，小法廷としての結論は出さなければならない。そこで，「小法廷としての結論」という言葉を用いたのである。もし，p^*が憲法判断を含まないならば，判決もしくは決定と同義になる。

小法廷はその結論をまとめる前に協議がなされる。その上，最高裁判事同士互いに顔見知りであったり，以前からどういう主義もしくは立場の人か知っている可能性は十分ありうる。その点を考慮すると，最終的には各自意見を出し合って，多数決で決するが，自分の意見を出す前に，他の最高裁判事の本来の意見は知っていると仮定してよいであろう[6]。その上で自分の意見をどう出すかを決めることになる。

1.5　最高裁判事の利得

第１回目のゲームが行われる時点をt_1時点とする。t_1時点では最高裁の判例は存在しないとする。ゲームは前節末尾でも述べたように，同じ小法廷に所属する裁判官同士が意見を出し合

[6]このように仮定すると，特に，自分も含めてすべての最高裁判事が本来の意見を最終的に表明した場合がゲーム理論的にどういう意味を持つかが問題になる。２章以下で，すべての裁判官が本来の意見を表明していると仮定して議論を進めている理由の１つはここにある。

い協議を重ねた後に，最終的な結論を出すために行われる。このとき，意見p_iを出す最高裁判事 i の利得$u_i(p_i)$は，

$$u_i(p_i)=-\rho(p_i,p^*)-k_1\rho(p_i,\hat{p}_i)-m\phi(p_i)$$
$$\text{ただし，} k_1>0,\ m>0 \qquad (2)$$

である。

以下，式(2)の意味について説明する。

式(2)のようにプレーヤー（今の場合は最高裁判事）の利得を表す式を利得関数という。

p^*は小法廷の結論（多数意見）である。

$\hat{p}_i=f_i(G_{t_1},S_{t_1})$は最高裁判事 i の t_1時点での本来の意見である。

式(2)の右辺の第１項は自分の表明した意見と多数意見（小法廷の結論）との距離を表す。両者が一致すれば距離は０である。一致しない場合は，距離が大きいほど利得が絶対値の大きいマイナスになる。式(2)の右辺の第２項は自分の本来の意見と表明する意見との距離を表す。通常は両者は一致すると考えられるかも知れない。その場合はこの項は０である。しかし，妥協その他何らかの理由で多数意見に自分の意見をそろえた場合は，不一致が起きる。その場合は，自分の本来の意見と自分の表明した意見との距離が大きいほどやはり利得は絶対値の大きいマイナスになる[7]。

$\phi(p_i)$は**憲法判断回避の準則**から来ている。もし意見p_iが違憲判断を意味するならば$\phi(p_i)=1$であり，違憲判断を意味しないならば$\phi(p_i)=0$である。憲法判断回避の準則の述べるところは，違憲判断が事件の解決にとって必要な場合以外は行わないということであり，裁判官は問題になっている論点について十分な考察を重ね，その上でどうしても必要ならば違憲判断に踏み切るべきであるとされる。それは安易な違憲判断に制約をかける性質のものである。そのことを，裁判官の利得関数に反映するとしたら，違憲判決を出すことは，それに応じたコストを伴うとすべきであろう。このような考えに基づいて式(2)の第３項はある[8]。

正確に言うと，憲法判断回避の準則とは主として２つのルールからなり，「裁判所は憲法問題が記録上適切に提起されていても，もし事件を処理することができる他の理由が存在する場合には，その憲法問題には判断を下さない」というルールと「議会の法律の効力が問題になった場合には，合憲性について重大な疑いが提起されても，裁判所が憲法問題を避けることができるような法律の解釈が可能かどうか最初に確かめることは基本的な原則である」というルールからなるとされる[9]。

ここで準則の客体が「裁判所」となっていることに注意したい。ところが本稿では，憲法判断回避の準則を個々の裁判官に課すルールとしている。本稿は裁判所の出す判決についてゲーム論的に分析を加えたものである。裁判所が出す判決はゲームのプレーヤーである個々の裁判官の意見とそれらの間の協議の結果として出される以上，この準則をプレーヤーではなく，プレーヤーの戦略の結果として結論を出す「裁判所」に課すという考え方を本稿では取ることができない。そのため，本稿では，憲法判断回避の準則を個々の裁判官に課すルールとしたのである。

---

[7]式(2)で$\rho(p_i,p^*)$の係数は１とし，$\rho(p_i,\hat{p}_i)$の係数および$\phi(p_i)$の係数はそれぞれk_1，mとしている。これについて言うと，$u_i(p_i)=-k_1\rho(p_i,p^*)-k_2\rho(p_i,\hat{p}_i)-m\phi(p_i)$のようにしても構わないが，利得は絶対値よりも相対的な大きさが問題なので，この式の両辺を k_1 で割って，$u_i(p_i)/k_1=-\rho(p_i,p^*)-(k_2/k_1)\rho(p_i,\hat{p}_i)-(m/k_1)\phi(p_i)$とし，改めて，$u_i(p_i)/k_1$，$k_2/k_1$ m/k_1をそれぞれ$u_i(p_i)$，k_1，mとおいたのが式(2)である。数学の専門語で言えば，$\rho(p_i,p^*)$の係数を１に基準化（ノーマライズ）したのである。この註はテクニカルな註なので，数学になじみのない読者は無視して構わない。

[8]違憲判断には法令違憲と適用違憲とがあるとされる（芦部信喜，前掲書，370ページ）。同じ違憲判断でもこの両者を区別しなくてよいであろうか。１つの考え方としては，前者をより重く見て，前者の場合を$\phi(p_i)=2$とし，後者の場合を$\phi(p_i)=1$とすることであろう。しかし，本稿では議論の筋道を明快に保つことを優先し，より緻密な考察については後日に期すこととした。

[9]芦部信喜，前掲書，364ページ。

最高裁判事 i の利得が最大になるのは，自分の本来の意見（$\hat{p}_i = f_i(G_{t_1}, S_{t_1})$）どおりに意見 p_i を出し（すなわち，$p_i = \hat{p}_i = f_i(G_{t_1}, S_{t_1})$），それが違憲判断を含まず（$\phi(p_i) = 0$），かつ，それが同時に多数意見となる（すなわち，$p_i = p^*$）場合であり，そのとき

$$\begin{aligned} u_i(p_i) &= -\rho(p_i, p^*) - k_1\rho(p_i, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -\rho(p^*, p^*) - k_1\rho(\hat{p}_i, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= 0 \end{aligned} \tag{3}$$

より，最高裁判事 i の利得は 0 となる。

最高裁判事 i の利得が最大の 0 とならない例を 2，3 挙げる。

例えば，最高裁判事 i は自分の本来の意見 $\hat{p}_i = f_i(G_{t_1}, S_{t_1})$どおりに意見を出した（すなわち，$p_i = \hat{p}_i = f_i(G_{t_1}, S_{t_1})$）が，それが多数意見とならなかったときは（すなわち，$p_i \neq p^*$），利得は 0 より小さくなるが，その値は自分の本来の意見が違憲判断を含むかどうかで異なる。もし，違憲判断を含まないのなら$\phi(p_i) = 0$であるから，

$$\begin{aligned} u_i(p_i) &= -\rho(p_i, p^*) - k_1\rho(p_i, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -\rho(p_i, p^*) - k_1\rho(\hat{p}_i, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -\rho(p_i, p^*),\ \ p_i \neq p^* \end{aligned} \tag{4}$$

となり，$\rho(p_i, p^*)$だけ 0 より小さくなり，また，違憲判断を含むなら$\phi(p_i) = 1$であるから，

$$\begin{aligned} u_i(p_i) &= -\rho(p_i, p^*) - k_1\rho(p_i, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -\rho(p_i, p^*) - k_1\rho(\hat{p}_i, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -\rho(p_i, p^*) - m,\ \ p_i \neq p^* \end{aligned} \tag{5}$$

となり，$\rho(p_i, p^*) + m$だけ 0 より小さくなる。

もう 1 つの例として，最高裁判事 i が自分の本来の意見を主張せず$p_i \neq \hat{p}_i = f_i(G_{t_1}, S_{t_1})$，いわば妥協して，$p_i = p^*$とした場合である。

$$\begin{aligned} u_i(p_i) &= -\rho(p_i, p^*) - k_1\rho(p_i, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -\rho(p^*, p^*) - k_1\rho(p^*, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -k_1\rho(p^*, \hat{p}_i),\ \ p^* \neq \hat{p}_i \end{aligned} \tag{6}$$

であり，違憲判断を含むならば

$$\begin{aligned} u_i(p_i) &= -\rho(p_i, p^*) - k_1\rho(p_i, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -\rho(p^*, p^*) - k_1\rho(p^*, \hat{p}_i) - m\phi(p_i) \\ &= -k_1\rho(p^*, \hat{p}_i) - m,\ \ p^* \neq \hat{p}_i \end{aligned} \tag{7}$$

である。

結論は自分の意見と同じではあるが，自分の本来の意見とは違う意見を自分の意見として出している。この場合は，自分の本来の意見を出したが，多数意見とは違った場合より，利得は低い，論者によってはきわめて低い，中にはありえないという意見もあろう。また，裁判所法11条は「裁判書には，各裁判官の意見を表示しなければならない」とあり，多数意見と異なる自分の意見を表明する機会が与えられている。そうであるならば，なおさら，自分の本来の意見と違う意見を出す意味は薄いと考えられる。そのような事情を考慮して，$k_1 \gg 1$（k_1は 1 よりきわめて大きい）と考える。これは自然な仮定であろう。ただし，最高裁判事が自分の本来の意見と異なる意見を表明することがまったくないと考えるべきでない。というのも，判決がナッシュ均衡かどうかを調べるためには，判事が今している意見表明と違う意見を表明したら，その判事の利得はどうなるかを見る必要があるので，このような項を設ける必要があるのである。

また，k_1と mとの大小関係であるが，これも自分の本来の意見と異なる意見を出す意味は薄いと考えられることから，$k_1 \gg m$と仮定する。これも自然な仮定であろう。

なお，$\rho(p_i, p^*)$の係数 1 と mの大小関係については，とくに仮定しない。

2　ゲーム 1 に関する定理

以下本章に限らず，すべての定理において裁判官はすべて自分の本来の意見を表明している（すなわち，$p_i = \hat{p}_i$）とする[10]。このとき，自然な仮定$k_1 \gg 1$，$k_1 \gg m$の下で以下の定理が成り立つ[11]。

定理 1 ：ある論点について初めて出された，

全員一致の小法廷の結論は，それが違憲判断を含むか含まないかに関係なく，ナッシュ均衡である。

証明：ある状態がナッシュ均衡であるとは，プレーヤーのうちのだれも，今自分がしている戦略より他に，自分の利得を改善する戦略がない状態を指す（他のプレーヤーの戦略はそのままとする）。

多数意見（と言っても全員一致であるが）が違憲判断を含まない場合と，含む場合に分ける。

まず，多数意見がp^*が違憲判断を含まない場合。

この場合，多数意見を出している最高裁判事の利得は０である。上でも述べたように，裁判官の利得は最大で０である。よって，どの最高裁判事もこれ以上改善する戦略はないので，ナッシュ均衡である。

次に，多数意見が違憲判断を含む場合。

この場合，多数意見を出している最高裁判事iの利得は，違憲判断なので，$\phi(p_i)=1$であり，意見p_iが多数意見と同じなので$p_i=p^*$であり，またこの定理に限らず$p_i=\hat{p}_i$と仮定していることに注意すると，式(2)より

$$\begin{aligned} u_i(p_i) &= -\rho(p_i,p^*)-k_1\rho(p_i,\hat{p}_i)-m\phi(p_i) \\ &= -\rho(p^*,p^*)-k_1\rho(\hat{p}_i,\hat{p}_i)-m\phi(p_i) \\ &= -m \end{aligned} \tag{8}$$

である。

仮に，ある判事iがこれと異なる意見p'_iを言っても，全員一致から４対１に変わるだけで多数意見p^*は変わらず，かつ自分の本来の意見と異なる意見を言うことになる。違憲判断をしている多数意見と異なる意見というのは，理論的には違憲判断を含むが異なる判断というのもありうる。例えば，違憲判断の理由が異なり，その結果刑事裁判ならば刑事罰の軽重が異なる場合や，国家賠償法に基づく訴訟の場合ならば，賠償金額の多寡に影響がある場合である。しかし，意義のある異なる意見というのは合憲判断を含む意見であろう。そこでこの定理の証明に限らず，多数意見が違憲判断ならば，それと異なる意見というのは合憲判断，多数意見が合憲判断ならば，それと異なる意見というのは違憲判断を含む意見という場合に限って議論することとする。そうすると，この判事iの利得は$\phi(p'_i)=0$であり，多数意見と異なり，かつ，自分の本来の意見と異なる意見を言っていることから，$p'_i\neq p^*$；$p'_i\neq\hat{p}_i$であるから，

$$\begin{aligned} u_i(p_i) &= -\rho(p'_i,p^*)-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)-m\phi(p'_i) \\ &= -\rho(p'_i,p^*)-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i) \end{aligned} \tag{9}$$

となる。

(8)，(9)より，もし，

$$-\rho(p'_i,p^*)-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)\leqq -m \tag{10}$$

という条件が満たされるならば，この判事の利得は違憲判断をしていたときより，利得が大きくはならない。これは自然な仮定の下で任意のp'_i，p^*，$\hat{p}_i$に関して成り立つと考えられる。□

やはり自然な仮定の下で次の定理が成り立つ。

定理２：ある論点について初めて出された，３対２の小法廷の結論は，それが違憲判断を含むか含まないかに関係なく，ナッシュ均衡である。

証明：多数意見が違憲判断を含まない場合と，含む場合に分ける。

まず，多数意見が違憲判断を含まない場合。少数意見は違憲判断だとする。少数意見の裁判

[10] このように仮定する理由は２つある。１つには，そうすることで以下の一連の有益な定理が得られるからである。しかし，ただ有益な定理が得られるからと言うだけで意味のない仮定を置いてはいけないであろう。そこで，この仮定を置く２つ目の理由として，1.4節末尾及び註６で述べたように，裁判官がすべて自分の本来の意見を表明する場合が，特に興味を引くということが挙げられる。

[11] ３章では，自然な仮定としてもう１つ条件を追加する。それについては同章で説明する。

官 i の利得は現在は

$$u_i(p_i)=-\rho(p_i,p^*)-m,\quad p_i\neq p^* \tag{11}$$

である。もし，違憲判断を含まない多数意見に同調して自分の意見を$p'_i=p^*\neq p_i$とすると，小法廷の多数決は 4 対 1 になるだけで結論自体は変わらない。その時利得は

$$\begin{aligned}u_i(p'_i)&=-\rho(p'_i,p^*)-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)\\&=-\rho(p^*,p^*)-k_1\rho(p^*,\hat{p}_i)\\&=-k_1\rho(p^*,\hat{p}_i)\end{aligned} \tag{12}$$

となる。

したがって，

$$-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)\leqq-\rho(p_i,p^*)-m \tag{13}$$

という条件が満たされれば多数意見に同調しても利得は大きくはならない。自然な仮定$k_1\gg m$の下で，この(13)も任意のp'_i，$\hat{p}_i$，p_i，p^*に関して成り立つと考えてよいであろう。

他方，違憲判断を含まない多数意見を表明した裁判官 j は自分の意見が小法廷の結論でもあり，自分の本来の意見を表明しており，違憲判断をしていないので，現在の利得が最大の 0 であるので，判断を変える理由がない。

以上より，小法廷の結論が違憲判断を含まない場合はナッシュ均衡であることが確認された。

次に，小法廷の結論が違憲判断を含む場合を検討する。

この場合，少数意見は違憲判断を含まないこととなる。

少数意見を述べた裁判官 i の現在の利得は，

$$-\rho(p_i,p^*) \tag{14}$$

である。もしこの裁判官が多数意見に同調し違憲判断$p'_i=p^*\neq p_i=\hat{p}_i$をすることとすると，小法廷の多数決は 4 対 1 となり結論は変わらない。このときの利得は

$$\begin{aligned}u_i(p'_i)&=-\rho(p'_i,p^*)-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)-m\\&=-\rho(p^*,p^*)-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)-m\\&=-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)-m\end{aligned} \tag{15}$$

である。

$$-k_1\rho(p'_i,p_i)-m\leqq-\rho(p_i,p^*) \tag{16}$$

は自然な仮定$k_1\gg 1$の下で任意のp'_i，p_i，p^*に関して成り立つ。よって，今より利得は大きくならない。

他方，多数意見を表明した裁判官 j が少数意見に転じたp'_jを表明すると，小法廷の結論は逆転し，違憲判断を含まないこととなる（次式のp^*はこの逆転した判断を表す）。この場合の裁判官 j の利得は，$p'_j\neq p_j=\hat{p}_j$であるので，

$$\begin{aligned}u_j(p'_j)&=-\rho(p'_j,p^*)-k_1\rho(p'_j,\hat{p}_j)-m\phi(p'_i)\\&=-\rho(p^*,p^*)-k_1\rho(p'_j,\hat{p}_j)\\&=-k_1\rho(p'_j,\hat{p}_j)\end{aligned} \tag{17}$$

となる。

裁判官 j の元の利得であるが，自分の本来の意見を表明しており，それが多数意見でもあった。ただし，違憲判断を含んでいたので利得は$-m$であった。

$$-k_1\rho(p'_j,\hat{p}_j)\leqq-m \tag{18}$$

は，自然な仮定$k_1\gg 1$の下で任意の，p'_j，$\hat{p}_j$に関して成り立つ。よって，多数意見を表明した裁判官 j が少数意見に転じても利得は大きくならない。

これで，小法廷の結論が違憲判断を含む場合の検討が終わった。

以上をまとめると，小法廷の 3 対 2 の結論が違憲判断を含む場合も含まない場合も，ナッシュ均衡であることが示された。□

3　ゲーム 2 の定義—ある論点について最高裁小法廷が 2 回目以降に結論を出す場合

3.1　プレーヤー，戦略，利得関数

ゲーム 2 はプレーヤーと戦略は同一である。やり方も同一である。異なるのはプレーヤーの利得関数のみである。

$n\geqq 2$回目の判決が出される時点をt_n時点とする。ただし，１回目以降前回までに判例変更

はないとする。このとき，第$n≧2$回目以降に最高裁判事が意見p_iを表明したときのの利得$u_i(p_i)$は

$$u_i(p_i)=-\rho(p_i,p^*)-k_1\rho(p_i,\hat{p}_i)-k_2\rho(p_i,s^*_{t_1})-m\phi(p_i)$$

$$\text{ただし，} k_1>0,\ k_2>0,\ m>0 \tag{19}$$

ここで，$s^*_{t_1}$はt_1時点での判例，言い換えると第１回目の最高裁判決である。1.4節で述べたように，事件で法令等の憲法適合性が論点になっている場合は，第１回目の小法廷の結論と最終的な大法廷の判決は必ずしも同じでない。しかしながら，この場合も大法廷としての判決は出されているので，$s^*_{t_1}$はそれを表していると考えればよい。

式⒆の右辺を1.5節の式⑵の右辺と比べると，第３項$-k_2\rho(p_i,s^*_{t_1})$が加わっている。この項は判例の**先例拘束性**を表す。判例に合わせた意見表明が，そうでない場合より利得が大きくなければ，判例は最高裁判事に対し先例拘束性を持ちえないことになる。そこで，表明された意見と判例とが同じであれば，この項は０である。表明された意見と判例とが違えば，その距離（×k_2だけ）最高裁判事の利得はマイナスになる。別の考え方として，判例を変更するには，それだけの周到な調査と緻密な議論が必要であろう。そのエネルギー分だけ利得が少なくなるという考え方もあろう。

このk_2に比べて，自分本来の意見と異なる意見を表明することから生じる利得の減少$-k_1\rho(p_i,\hat{p}_i)$の係数k_1は，なお，十分に大きい$k_1\gg k_2$と考えてよいであろう。しかし，k_2と自分の意見が判決にならなかったことから来る不満を表す項$\rho(p_i,p^*)$の係数１および憲法判断回避の準則を表すmとの大小関係については，とくに仮定しない。

注意：式⒆の場合も，裁判官の利得は最大で０である。

4　ゲーム２に関する定理

ある論点について，第１回目の最高裁判決$s^*_{t_1}$が違憲判断を含むものであるなら，それ以降再度同じ論点について違憲判断が繰り返される状況は考えにくい。また，２回目以降に判断が覆り合憲判断になるというのはいっそう考えにくい。

そこで，本章では第１回目の最高裁判決$s^*_{t_1}$が違憲判断を含まなかった場合に限定して議論を進めることとする。

4.1　合憲判例を維持する場合

自然な仮定$k_1\gg 1$，$k_1\gg k_2$，$k_1\gg m$の下で

定理３：合憲判例維持の全員一致の小法廷の結論はナッシュ均衡である。

注意：法令等についての合憲の判例を維持する場合は，小法廷で審理が完結するので，ここで「小法廷の結論」としているものはそのまま最高裁判決でもある（裁判所法10条１号，最高裁判所裁判事務処理規則９条４項）。

証明：ある裁判官iの現在の利得は，自分の意見が小法廷の結論でもあり，自分の本来の意見を表明しており，先例にも従っており，違憲判断をしていないので，式⒆の第１項，第２項，第３項，第４項すべてが０である。裁判官の利得は最大で０なので，現状が最適である。□

定理４：合憲判例維持の３対２の小法廷の結論はナッシュ均衡である。

証明：違憲判断をしている少数意見の裁判官iの現在の利得は

$$-\rho(p_i,p^*)-k_2(p_i,s^*_{t_1})-m \tag{20}$$

これに対し，意見p'_iを多数意見p^*と同じ合憲判断とすると$(p'_i=p^*)$，小法廷の結論は４対１で変わらず，利得は

$$-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i) \tag{21}$$

となる。したがって，

$$-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i) \leqq -\rho(p_i,p^*)-k_2(p_i,s^*_{t_1})-m \quad (22)$$

であれば，利得は改善されない。式(22)は自然な仮定の下で任意のp'_i，$\hat{p}_i$，p_i，p^*，$s^*_{t_1}$に関して満たされる。

他方，合憲判断をしている裁判官 j は自分の意見が小法廷の結論でもあり，自分の本来の意見を表明しており，先例にも従っており，違憲判断をしていないので，現在の利得が最大の 0 であるので，判断を変える理由がない。

よって，どの裁判官も今より利得を改善する戦略がないのでナッシュ均衡である。□

4.2　合憲判例を変更する場合

自然な仮定の下で

定理５：全員一致の合憲判例の違憲判断への変更の小法廷の結論はナッシュ均衡である。

証明：裁判官 i の現在の利得は

$$-k_2\rho(p_i,s^*_{t_1})-m \quad (23)$$

である。もし，裁判官 i だけが合憲判例の先例p'_iに従うと利得は

$$-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i) \quad (24)$$

となる。

$$-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i) \leqq -k_2\rho(p_i,s^*_{t_1})-m \quad (25)$$

である限り，このようにしても裁判官 i の利得は改善しない。自然な仮定$k_1 \gg k_2$，$k_1 \gg m$の下で任意のp'_i，$\hat{p}_i$，p_i，$s^*_{t_1}$に関して式(25)は成り立つ。よってナッシュ均衡である。□

定理６：３対２の，合憲判例の違憲判例への変更の小法廷の結論はナッシュ均衡である。

証明：少数意見の裁判官 i は先例に従っており，合憲判断をしているので現在の利得は$-\rho(p_i,p^*)$である。これに対し多数意見に従って$p'_i=p^* \neq p_i$としても 4 対 1 で多数意見は変わらず，利得は

$$-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)-k_2\rho(p'_i,s^*_{t_1})-m \quad (26)$$

自然な仮定の下で任意のp'_i，p^*，$\hat{p}_i$，$s^*_{t_1}$，p_iに関して

$$-k_1\rho(p'_i,\hat{p}_i)-k_2\rho(p'_i,s^*_{t_1})-m \leqq -\rho(p_i,p^*) \quad (27)$$

となるので，利得は改善しない。

他方，多数意見の裁判官 j が自分の意見を合憲判断p'_jに変更すると，２対３で合憲判断を維持することが小法廷としての結論となる。当初の利得は自分の意見が多数意見であり，それは合憲の先例を違憲判断に変更したものであるので

$$-k_2\rho(p_j,s^*_{t_1})-m \quad (28)$$

であったが，変更後は再び自分の意見が多数意見であるが，先例を変更しない合憲判断であるから利得は

$$-k_1\rho(p'_j,\hat{p}_j) \quad (29)$$

である。

$$-k_1\rho(p'_j,\hat{p}_j) \leqq -k_2\rho(p_j,s^*_{t_1})-m \quad (30)$$

であれば，利得は改善しない。これは自然な仮定の下で任意のp'_j，$\hat{p}_j$，p_j，$s^*_{t_1}$に関して成り立つ。

よって，どの裁判官も今より利得を改善する戦略がないのでナッシュ均衡である。□

5　ゲームの構造

ゲーム１もゲーム２もたんに各回ごとに行われるゲームを集めて一つの集合として，それを一つのゲームと称しているにすぎず，全体を一つのゲームとみなす必然性が一見見えないとの疑問があるかも知れない。しかし，それに対してはそうではない理由を述べる。

まず第１に，両方のゲームに共通していることであるが，プレーヤーの t 時点での本来の意見$f_i(S_t,L_t)$というのは，それまでに表明され

たことのない新しい意見である可能性もある。そこで意見pの集合Pは，あるタイムスパンを取って，その間に何回か判決が出されるとして，そのすべての判決も含めた意見の集合と，あらかじめ仮定しておく必要がある。いわば，未来に出てくるであろう意見も含めて集合Pを考えている。そのためには全体を一つのゲームとみなす必要がある。

第2に，ゲーム2の場合は，第1回目の判決が先例拘束性を持つことを考慮して，$n \geqq 2$回以降の判決がナッシュ均衡であるかを検討しなければならないので，たんなる，各回ごとに行われるゲームの集合ではない。

6　若干の考察

6.1　ナッシュ均衡と裁判所法11条の役割

これまでの検討によると，ある論点についての最高裁小法廷の判決もしくは決定は，初めて出されるものであろうと，その後判例を維持するものであろうと，判例を変更するものであろうと，すべてナッシュ均衡である。

このような結論が導かれる最大の理由は$k_1 \gg 1$，$k_1 \gg k_2$，$k_1 \gg m$という仮定にある。この仮定は，たとえ自分の考えが小法廷の結論または判決とならなくても，自分の意見を通すことの方がはるかに重要であることを意味する。このように重要であるのは，自明であるという考え方もあろう。しかし，自分の意見を表明する機会が与えられていなければ，この重要さは大きく減殺されるのではなかろうか。裁判所法11条は「裁判書には，各裁判官の意見を表示しなければならない」と，「しなければならない」としているが，このように考えると，むしろ，この条文を根拠に自分の意見を表明する機会が与えられているという側面に注目すべきである。このような機会があるからこそ，たとえ多数意見と異なる意見であっても，表に出ずに埋もれてしまうことはなく，表明できるのであるから，あえて自分の意見と異なる意見を出してまで多数意見に同調する意味はほとんどない。それがk_1の値を十分に大きくしていると考えられる。

通常，この条文は主に，最高裁の裁判官は国民審査にかけるので，そのためにその裁判官がどのような意見の持ち主であるかを国民に広く知らしめるためにあると説明される[12]。しかしながら，どのような小法廷の結論をもナッシュ均衡にする決定的な条件である「k_1が十分に大きい」という仮定を自然なものにする効果も持っていることに注意すべきである。

6.2　判例の維持と変更ー今後の課題

ところで，前節までの議論ではなぜある判例が長く維持されるのか，また，ある時期に判例変更が行われるのかについては，ほとんど明らかにされていない。ただし，なぜある判例が長く維持されるのかについては，それがナッシュ均衡である以上，ある種の安定性を持っており，そのため相当な期間について変更されないという説明は可能であろう。

もう1つ，維持される理由がある。それは学説判例状況S_tの性質である。1.2節で述べたように，$t_1 < t_2$ならば$S_{t_1} \subset S_{t_2}$である。すなわち，学説判例状況はつねに過去の学説判例状況を含んでしか変化できない。変化の仕方にそのような制約がある。いわば，一種の慣性を有している。もし2回目にも維持の判決が出れば，1回目の判例に加えてそれをも含んだ学説判例状況となるので，慣性は大きくなると言える。このことに加えて，プレーヤーiの本来の意見関数がS_tの変化に対してあまり変化しないものであれば（そのようなプレーヤーがもともと多ければ），判例が3回目にも維持される可能性が高いとは言える。もしも，3回目にも判例が維持されれば，ますます慣性は大きくなる。それにより4回目の判決でも維持される可能性が高くなる。

このように考えると，判例は維持されることでいっそう維持されやすくなると言える。

しかし判例の変更が起きない訳ではない。一種の慣性を有している学説判例状況に対し，t

[12]法務大臣官房司法法制調査部『裁判所法逐条解説（上）』1968年，95-100ページ。

時点における，およそ人間社会に関係あるすべての事象の集合である一般事実G_tは時間 t と共に大きく変化しうる。それに伴いS_tの中の学説にも変化が出て来うる。一般事実G_tの大きな変化とそれに伴うS_tの変化は(G_t,S_t)から選出される立法事実L_tの変化を生み出しうる。この変化が再びS_tの変化と相まって(L_t,S_t)から生み出される本来の意見$\hat{p}_i=f_i(G_t,S_t)$を大きく変えうる。このように考えると，一般事実G_tの変化に敏感に対応して，新しい立法事実L_tに注目するS_tの中の学説の役割は大きいと言えよう。ただし，f_iはプレーヤー i 次第である。しかし，本来の意見$\hat{p}_i=f_i(G_t,S_t)$を大きく変える裁判官が３人出て来て（自然というプレーヤーによって選ばれて）憲法判断回避の準則に関する項$m\phi(p_i)$および先例拘束性に関する項$k_2\rho(p_i,s^*_{t_1})$の存在にも関わらず，違憲判断を本来の意見とすることになれば判例の変更が行われることとなる。

ただし，以上の本節の議論は具体性に欠ける抽象的な議論に留まっている。判例が，ある場合には維持され，ある場合には変更されることについての，具体的により立ち入った考察は今後の課題としたい。

7　記号集

N	プレーヤーの集合
S_t	t 時点での学説判例状況
S	S_t全体の集合
G_t	t 時点での一般事実
G	G_t全体の集合
U	(G_t,S_t)全体の集合
s^*_t	t 時点での最高裁の判例
$\mathfrak{P}(G_t)$	G_tのすべての部分集合の集合
L_t	G_tのある部分集合，すなわち$L_t\subset G_t$
W	(L_t,S_t)全体の集合，$W\subset U$である。
h_i	プレーヤー i の選出関数
g_i	プレーヤー i の狭義の本来の意見関数
f_i	プレーヤー i の本来の意見関数
P	意見 p 全体の集合
$\rho(p,p')$	意見 p と意見p'との距離
$\hat{p}_i$	プレーヤー i のある特定の時点における本来の意見（$f_i(G_t,S_t)$）
p_i	プレーヤー i の表明する意見。本来の意見とは限らない。
p^*	小法廷の結論，言い換えると小法廷の多数意見
$u_i(p_i)$	裁判官 i の利得
k_1	裁判官が自分の本来の意見と異なる意見を表明することが，どのくらい当該裁判官の利得を減ずるかを表す係数
k_2	裁判官が先例と異なる意見を表明することにより，どのくらい当該裁判官の利得を減ずるかを表す係数
m	裁判官が違憲の憲法判断を表明することにより，どのくらい当該裁判官の利得を減ずるかを表す係数

（受付日　2013年１月２日）
（受理日　2013年２月24日）