

---

---

独占禁止法・経済法の基礎理論的研究

---

---

(課題番号 07802005)

平成7年度～平成9年度科学研究費補助金（基盤研究C（2））

研究成果報告書

平成10年3月

研究代表者 土田和博  
(早稲田大学法学部教授)

## 研究組織

研究代表者 土田和博（早稲田大学法学部教授）

## 研究経費

平成7年度 800 千円

平成8年度 600 千円

平成9年度 400 千円

計 1800 千円

## 研究発表

### (1) 学会誌等

土田和博「規制緩和と独占禁止法 ―二重のインプリケーション―」（本報告書第6章）

行財政研究 24号（行財政研究所）1995年4月

同「人格・財産・市場と法 ―M.J.Radin 理論の一考察―」（本報告書第4章）

法経論集 75号（静岡大学法経短期大学部）1996年3月

同「規制緩和と新自由主義的競争論」（本報告書第2章）

静岡大学法政研究（静岡大学人文学部法学科）1997年2月

同「市場イデオロギーと現代社会正義論」（本報告書第3章）

法の科学 26号（日本評論社）1997年7月

同「規制緩和 ―改革とグローバリゼーションの時代のなかで―」（本報告書第5章）

法律時報 70巻3号（日本評論社）1998年3月

### (2) 口頭発表

土田和博「市場のイデオロギーと現代社会正義論」

民主主義科学者協会法律部会・1996年度学術総会（1996年10月於立命館大学）

### (3) 出版物

土田和博「アメリカ反トラスト法と新自由主義・シカゴ学派」（本報告書第1章）

高橋・本間編『現代経済と法構造の変革』（三省堂）1997年3月所収

## 第1章 「アメリカ反トラスト法と新自由主義・シカゴ学派」

土 田 和 博

- 一 ケインズ主義的福祉国家の危機
  - 二 ハイエクの政治経済哲学
  - 三 シカゴ学派と反トラスト法の目的
  - 四 シカゴ学派の反トラスト法理論
- 結 語

### 一 ケインズ主義的福祉国家の危機

政治学的文脈においてレーガン政権やサッチャー政権は、ケインズ主義的福祉国家 (Keynesian Welfare States) の危機への英米の対応であった。一九七三年に勃発した「石油危機」は失業とインフレーションの同時並存を生み出したが、ケインズ主義的経済政策は、後に「スタグフレーション」と呼ばれるこの新たな経済危機を理論的にも、政策的にも克服することができなかった。また戦後福祉国家は、自ら提供する公共財（道路、港湾等）と社会福祉サービスを拡大していったが、これは国民の重い租税負担を結果し、持続的経済成長が期待し得なくなった七〇年代において財政危機となってあらわれるに至った。

こうした事態を背景として、ニューライト (The New Right) が登場する。レーガン政権とサッチャー政権として結実したこの思想の本質は、新自由主義 (The Neo-Liberalism) と新保守主義 (The Neo-Conservatism) の混雑物であった。新自由主義と新保守主義は、国家の役割をどのように考えるかといった点で矛盾、対立する関係にあるにも拘らず、戦後福祉国家の下でみられた基本的人権（とりわけ社会権）の拡大傾向と不平等の極小化への努力に敵対的であるという共通性をもち、相互に補完しながらポスト福祉国家の思想的、理論的支柱となったのである(1)。

本稿は、新自由主義の政治経済哲学と関連づけながら、反トラスト法におけるシカゴ学派(2)の基本的理論を検討しようというものであるが、本論に入る前に新自由主義の克服しようとした「ケインズ主義的福祉国家」とは一体何であったのか、その危機はどのようにしてもたらされたのか、今少し立ち入って確認しておこう。

まずケインズ自身の理論の要点あるいは意義として、① “レッセ・フェール” の批

判と古典的自由主義との断絶、②市場の失敗による大量失業の発生を政府の需要管理によって未然に防止しようという「完全雇用」理論の確立、③政府の合理的裁量政策能力の肯定、④政府の市場介入は忌避されるべきものでないが、最小限のものでなければならない事といった点があげられる(3)。しかし、いわゆる先進資本主義諸国、とりわけヨーロッパ各国の戦後における政策展開が、ケインズ自身の理論、とくに④の最小限の国家介入の枠を超えて拡大していったことは周知のところであろう。

また「福祉国家」の概念も各国の態様の多様性を反映して、必ずしも一義的でない。ここでは①完全雇用の標榜、②労働組合の承認、③社会保障の国家的整備およびこれに伴う高水準の租税と財政支出、④産業の国有化、⑤公的セクターの拡大と市場の役割の縮小による経済の管理を主要な政策内容とする国家形態との規定に従っておきたい(4)。ただし、右はイギリスを念頭においたと思われる概念規定であって、いわゆる先進資本主義諸国のすべてに適合的であるとは限らない。例えばアメリカでは国有化産業や公的セクターの比重は、元来低かったし、社会保障の国家的整備もニューディール期に始まったものの、高齢化対策や人種平等化といった政策課題に力点が置かれるようになったのは、ヨーロッパ諸国よりはるかに遅れてジョンソン大統領による「貧困との戦い」宣言（一九六四年）を待たねばならなかった(5)。ともあれ戦後福祉国家は、古典的自由主義とも社会主義とも異なる第三の道を歩いてきたわけであるが、その目標とする政治的価値理念を端的に言えば、資本主義体制下における「実質的平等」＝「分配的正義」の実現であったとあってよからう(6)。この点こそが、新自由主義の批判に曝されたわけであるが、こうした批判が一定程度、国民各層に受容されたのは社会経済内部の構造的な変化を抜きにしては考えられない。戦後福祉国家の「危機」と呼ばれるものがそれである。一体、「危機」とは何だったのだろうか。

この点の捉え方も多様であるが、ひとまず、①政治的、財政的に過大な負担（overload）、②官僚主義的行政とそれに絡む利益団体、③所得再配分効果への疑問、④ケインズ主義経済政策の有効性への懐疑などと考えて大過ないであろう(7)。問題はケインズ主義的福祉国家の危機とは何かより、こうした危機がいかにもたらされたか、にある。この点に関しては、国際的には「アメリカのヘゲモニーと結びついた国際システムの動揺」と国内的には「フォード主義的蓄積体制の歴史的限界の露呈に基づく経済危機」によって、戦後福祉国家のコンセンサスが掘り崩され、構造的、機能的な転換が迫られるとともに(8)、アメリカ自身については、国際通貨危機と第三世界の民族主義（ドル・ショックとオイル・ショック）に大きくゆすぶられ、フォー

ド主義部門も含めてアメリカ産業の国際競争力が次第に失われていったことがアメリカの政策転換をもたらした基本的要因であるとの見解(9)を紹介するにとどめたい。まさに駆け足の瞥見にすぎないが、ケインズ主義的福祉国家の危機についてはこの程度にとどめ、早速、本論に入ることにしよう。

(1)D.S.King, THE NEW RIGHT-POLITICS,MARKETS AND CITIZENSHIP-23-7(1987).

新自由主義とは、一九七〇年代から八〇年代にかけて幾つかの先進資本主義諸国で支配的となった、個人の自由の極大化と経済的繁栄のために市場メカニズムを最大限に発揮させるべきだとする思想であり、その中核的原理は競争的個人主義 (competitive individualism) 、自由市場、限定された国家 (limited state) である (Id.at 9-11) 。

これに対し、新保守主義はニューライトの社会的・道徳的側面にかかわり、そのエートスは伝統 (特に中世的伝統) であって、共同体、血族、ヒエラルヒー、権威、宗教といった価値を重視する。新保守主義は伝統的な家族の価値の没却、女性の社会的地位の向上・フェミニズムの高揚 (従ってまた女性の伝統的な役割の崩壊) を招いた原因が福祉国家の政策にあると断罪するのである。

新自由主義と新保守主義を包含するニューライトが「健康な成人男性 (healthy,adult male) 」の伝統的、権威主義的価値を共通の基軸として結びついているとの指摘は興味深い (Id.at 17) 。そこからは女性と家族の伝統的な役割分担に支えられた成人男性による競争的個人主義への賛歌と老人、病人、失業者、貧困者、身体障害者などを社会の厄介者とする見方ないし蔑視しか生まれない。

(2)シカゴ学派という名辞に関しては、相互に関連性ないし交錯性を有するとはいえ、「経済学におけるシカゴ学派」と「反トラスト法におけるシカゴ学派」を区別する必要がある。前者については世代や研究者個人によって問題関心や個別問題に関する結論の相違がありうるが、それにも拘らず競争秩序や貨幣政策についての見解に大まかな共通性がみられる (大野忠男『自由・公正・市場』五四―六頁 (一九九四年) ) ところから、Stigler の反論にもかかわらず、一群の学派と呼んでよかろう。その方法論や理論的特色 (とくに経済学・産業組織論におけるハーヴァード学派との対比における) については、拙稿「アメリカ反トラスト法における垂直的価格制限規制について」法経論集七二号 (一九九四年) 四二頁の注 (1) に掲げた文献を参照されたい。

また「反トラスト法におけるシカゴ学派」にも個々の問題に対する結論が微妙に異なる様々な研究者を含むが、ここでは①新古典派経済学を反トラスト問題の分析に応用しようという方法論的傾向を有すること、②反トラスト法の唯一または主要な目的を「経済効率」と考えること、③反トラスト法による規制も含めて、国家の介入は必要最小限度にとどめなければならないとすることを主要な特徴とする学派を指すこととする。この点に関しても右の注を参照。

(3)田端博邦「福祉国家論の現在」、東京大学社会科学研究所編『転換期の福祉国家(上)』(一九八八年)二一頁。

(4)同書、二二頁参照。

(5)馬場宏二「レーガン主義の文脈」、東京大学社会科学研究所編、前掲書八二頁以下参照。

(6)田端、前掲書二九一三〇頁参照。福祉国家の理念が「実質的平等」＝「分配的正義」であったというのは、あくまで建前ないし到達すべき目標に過ぎないが、新自由主義ではその建前さえ放棄されたという点が重要である。

(7)危機をどう把握するかは、「ケインズ主義」に関する側面を捉える場合と「福祉国家」の側面を観察する場合とで相違がありうる。本文の①、④は King の前掲書六四一五頁に、②、③は前掲田端論文の五八頁によっている。

(8)田口富久治「序論－ケインズ主義的福祉国家の危機と再編」、同編『ケインズ主義的福祉国家－先進6ヵ国の危機と再編－』(一九八九年)二二頁。

(9)穴見明「覇権国家アメリカの動揺」、田口編・前掲書六六―七頁。アメリカの「福祉国家」からの離脱というより軌道修正は、カリフォルニア州におけるプロポジション一三号の提出、あるいはその背景をなす白人中産階層の福祉プログラムの有効性への疑問にみられるように、税金問題、人種問題に対する「バックラッシュ的なポピュリズム」(馬場、前掲論文八六頁以下参照)が極めて重要な要因であるが、本稿の目的との関係上、これ以上掘り下げる余裕がない。

また、反トラスト法における「効率性」の登場、従ってまたシカゴ学派の抬頭にいたるアメリカ国内の背景として、一九七〇年代末の急進的なインフレーション、低生産性、国際収支の債務超過、世界市場における日独メーカーの劇的な躍進を指摘する文献として、Fox, The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium, 66 Cornell L.Rev.1140,1143(1981)がある。

## 二 ハイエクの政治経済哲学

アメリカ経済学におけるシカゴ学派に多大な影響を与えた自由主義者としてハイエク (F.A.Hayek) 教授を忘れることは到底できない。ハイエクの政治経済哲学は、直接、間接に反トラスト法におけるシカゴ学派にも影響を及ぼしていると思われるところから、これを最初にみておきたい。

### (1) 自由の意義

ハイエクの思想、理論体系の核心を構成する概念は、いうまでもなく「自由」である。ハイエクはこれを定義して、自由とは「他人による強制がないこと」、「社会において一部の人が他の一部の人によって強制されることができる限り少ない人間の状態」であると消極的に規定する(10)。ここから明らかなように、自由は人と人との関係にのみかかわり、自由の侵害は人々による強制だけによって起こるのである。市場のような非人為的な力によって事業者が淘汰されたり、意思に反する事業活動を余儀なくされることや労働者が従属労働の状態におかれることは、ハイエクにとっては「自由」の侵害ではない、と観念される。

このように定義される自由は、文明の進歩との関係で価値あるものとされる。すなわち、文明の進歩に貢献する新しい知識の生成、普及を媒介するのが自由であり、これは(設計主義的計画経済ではなく)市場経済のもとで最もよく実現されるという。

「社会の一部の構成員の実験によって獲得された知識の無償の贈与によって、全般的な進歩が可能になり、先に進んだ者の成果が後に続く者の前進を容易にする(11)」からである。このように、経済的進歩は主として不平等の結果であり、不平等なしには不可能である(「今日の贅沢は明日の必需品である」)。従って福祉国家が不平等の是正の観点から干渉することは、文明化のプロセスを阻害するものであり、許されないのである。

### (2) 自生的秩序=カタラクシー

ハイエクは、右のような意義をもつ自由の下で人々が取引する秩序を「財産と不法行為と契約についての法のルール の範囲内で人々が行為することを通じて市場によって生み出される特別な種類の自生的秩序 (spontaneous order)」として「カタラクシー (cattallaxy)」と呼ぶ(12)。カタラクシーの重要な点は、個々人が利己的であろうとなかろうと、人によって異なる様々な知識や意図をそれが調和させるということであり、人々が自らの利益に従いながら全く知らない多くの他者の狙いを促進すること

である(13)。この点でハイエクの市場秩序論の、アダム・スミスの「神の見えざる手による予定調和」論との類似性を指摘することは容易であろう。こうした競争論に対しては、競争場裡に置かれた「ある人々の相対的地位が低下する」とか、企業規模等の格差が競争を必然的に不平等あるいは不公正なものとするとの批判がしばしばなされる。

こうした批判に対して、ハイエクは次のように反論する。ある人々が他の人々のニーズを充足するためのより好ましい機会を発見することは、さもなければ他の人々が依拠したであろうサービスの提供者（好ましい機会の発見者の競争者—筆者注記）にとっては不利になる。しかし、特定の個人にとって新しい、しかもより好ましい交換の機会であるように見えるものの効果は、新しい、あるいはこれまで未知であった物質的資源の発見と同様、社会全体に便益をもたらす。以前の顧客を奪われた人々は損失を被っていようが、彼らもまた市場のよりよい供給のために諸資源を解放するような、他の場所で生じている何千もの同様な変化の反響から、絶えず利益を得てきたのである(14)。

また企業格差による損失については、「どんな人の機会をも無差別に高めるための努力が、あらゆる人の機会を同じにするという結果にならないことは、明白である。機会は、常に、法が制御していない将来の事象だけではなく、問題の法が採用された時点におけるある個人の初期的地位にも依存するであろう。不断の過程の中では、ある人のこの初期的地位は、先行する局面の結果であり、それ故に、将来の展開と同様に、全く意図された事実ではなく、機会に大きく依存しているのである。そして、大部分の人は、通常、努力の一部を経常的ニーズの充足よりはむしろ将来の機会の改善に振り向けるから…ある人の初期的地位は、常にその人の努力や洞察の結果であるだけでなく、一連の過去の出来事の結果でもある。…カタラクシーの展開過程では、様々な個人の出発点が違うのは避けがたい。(15)」このように述べて、競争敗退者の地位の低下および事業者の格差による損失を容認するのである。

それでは、カタラクシー＝市場の自生的秩序をハイエクが最も望ましいものとして肯定する根拠は何であろうか。ハイエクは、市場賛成論の根拠を完全競争という例外的なケースにおくなら、一般原理として競争を擁護する議論は極めて根拠の弱いものとなろうとし、商品やサービスが多数の生産者によって生産されるべきだとか、どんな特殊なものも同一費用で生産することができる多数の生産者が常に存在すべきだというのは、望ましいことでも可能なことでもない、という(16)。ハイエクにとって市



場を擁護する論拠は、それが「発見手続」だからである。すなわち、経済界の内外を問わず、競争は誰が最善のことにするか前もって知られていない場合に採用されるべき賢明な手段である(17)。

発見手続としての競争は、生産者の利己心に依拠しなければならない。たとえその生産者が独占者であっても、である。ハイエクにとって、独占それ自体は悪ではない。独占が悪であるのは、利己的な生産活動を行うからでも、規模が巨大であるからでも、価格決定能力をもつからでもなく、例外的に他人の行動を支配する権力をもつからであって、人々が頼りにしているサービスを拒絶する能力を理由とするものである(18)

(ハイエクの例示によれば、砂漠の真ん中のオアシスを支配する者が、旅人に水の提供を拒否するような場合)。従って、この能力は規模にかかわらないのであって、大規模であれ小規模であれ、必需品の独占者によって所有されるものである。

ここから、ハイエクの企業カルテルおよび労働組合批判が展開される。すなわち、大部分の企業独占(トラスト)は、より優れた成果の結果であるのに対し、あらゆる労働独占は競争の強制的抑圧である。労働独占は、企業による競争妨害(カルテル)と同様、非難されるべきであり、阻止される必要がある(19)、と。

### (3) 国家の役割

ハイエクの市場論からすれば、彼が法の施行と外敵からの防御だけをその役割とする最小国家を提唱しそうに思えるが、そうではない。「我々は、市場によっては供給できない、あるいは適切に供給できない多くのサービスを供給するために、政府が課税によって資金調達する権力を使用すべきだということに議論の余地がないと考える(20)」。しかし、ハイエクが最小の機能に加えて、国家が果たすべきだと考える役割は決して大きくない。すなわち、集合財、公共財の提供(暴力、伝染病、洪水等からの保護、現代都市生活を耐えられるものにする快適な環境づくり、道路、度量衡原器の規定、土地登記簿、地図、統計、商品の品質証明などサービスの提供が提供する側に何らの利益ももたらさないもの)と病人、老人、心身に欠陥のある人、寡婦、孤児のような市場で生計を立てられない人々への最低所得の保証にすぎない(21)。

### (4) シカゴ学派の想定との異同

以上は、ハイエクの壮大な理論体系のごくわずかな部分を一瞥したにすぎず、到底、本格的な批判的検討の前提となりうるものでないから、ここでは最後に、ハイエクの政治経済哲学と経済学におけるシカゴ学派との異同についてみておこう。まず、ハイエクが市場秩序を最も望ましいと考える根拠は、シカゴ学派のように完全競争やパレ

ート最適ではない。既にみたように発見手続であることが、またカタラクシーが経済的進歩につながる知識の生成と普及を最もよく媒介することが、ハイエクにとって市場秩序を擁護すべき理由なのである。

また、シカゴ学派においては、人間の合理的行動が理論的前提とされているが、ハイエクにあってはそうではない。「理論の基本的な論点は、むしろ、競争によって人々は、暮らして行くために合理的に行動せざる得なくなるだろうということである。競争を作用させるのに必要なのは合理性でなく、合理的な行動を生み出すのが競争である。合理的な行動が、その個人に何らかの利益を与える社会においては、合理的な方法が次第に開発され、模倣によって広められるだろう(22)」とするのである。

このようにハイエクとシカゴ学派の間には、微視的にみれば差異は少なくないが、しかし、巨視的視角からは両者の共通性こそが指摘されるべきであろう(23)。それは、国家の役割・介入を最小限化し、市場の自由放任に委ねるという一般的政策態度だけでなく、独占的企業に寛容で、「競争妨害（事業者のカルテル）」や労働独占（労働組合）に峻烈であるという独占禁止政策のあり方にも認められる。

以上のような新自由主義の政治経済哲学や経済学におけるシカゴ学派の影響は、前述のように反トラスト法学にも及んでいる。以下では反トラスト法におけるシカゴ学派について、反トラスト法の目的の把握の仕方と基本的な法理論をみていこう。

(10) F・A・ハイエク『ハイエク全集第五巻 自由の条件』（一九八六年）二一頁、三三頁。

(11) 同右、六六―七頁。

(12) F・A・ハイエク『ハイエク全集第九巻 法と立法と自由』（一九八七年）一五二頁。

(13) 同右、一五三―四頁。

(14) 同右、一六七―七〇頁。

(15) 同右、一八〇―二頁。

(16) ハイエクが完全競争を市場擁護の根拠としないことに関しては、F・A・ハイエク（田中真晴・田中秀夫編訳）『市場・知識・自由』（一九八六年）七八頁以下も参照。

(17) F・A・ハイエク『ハイエク全集第一〇巻 法と立法と自由』（一九八八年）

九九一一〇一頁。

(18)同右、一一六―七頁。

(19)同右、一一九―二〇頁。

(20)同右、六五頁。

(21)同右、六七―七一頁、八一―五頁。

(22)同右、一〇九頁。

(23)古賀勝次郎『ハイエクと新自由主義』（一九八三年）二三四頁以下参照。

### 三 シカゴ学派と反トラスト法の目的

シカゴ学派の代表的論者である Bork 教授は、その著書『Antitrust Paradox』のなかで、反トラスト法の唯一の目的が「消費者の厚生 (consumer welfare)」でなければならないとし、その論拠として「反トラスト立法の文言、その立法史 (legislative histories)、反トラスト法の主要な構造的な特色、範囲 (scope)、特性、一貫性および法執行の容易さ」(24)をあげるとともに、消費者の厚生という一元的な目的を設定することは、事業者に公正な警告を与えたり、恣意的・反競争的ルールを排除する等の点で優れているから、政治的、社会的、経済的目的というように反トラスト法の目的を多元化すべきではないという(25)。

まず、ここで注意すべきは、Bork のいう「消費者の厚生」が極めてミス・リーディングな用語であり、彼の理論全体からすれば、むしろ「経済効率 (economic efficiency)」(より正確には、消費者厚生になんらゲインも生まないかネット・ロスが発生するほど生産上の効率性を阻害することなしに資源配分上の効率性を改善すること)こそが反トラスト法の目的であるというのが適切な表現だということである(理由は後述)。そうすると、Bork は「経済効率」こそが反トラスト法の唯一の目的であるべきであり、その根拠として右にあげた諸点を提示しているとみることができる。

さて Bork が提示する論拠のうち、最も重要なものは「反トラスト立法の文言」、  
「その立法史」および「反トラスト法の主要な構造的な特色」であるといって大過ないであろう。他は「経済効率」の論拠というより、「唯一性」の根拠または利点である。そこで右の三点にしぼって検討するのが重要だということになるが、ここではこれらの論点が含まれ、かつまた最も重要と思われるシャーマン法の立法目的をめぐる見解

を検討してみたい。この点に関する Bork の見解は次のように要約される。

シャーマン法を制定した連邦議会の審議録からみて、連邦議会は裁判所に、今日われわれが「消費者の厚生」と呼んでいる価値のみを実施させる（すなわち個々の判決において実現させる）ことを意図していた。このことは、審議録の次のような点から明らかである(26)。

(1) 提出された法案およびその審議の過程において、法案の目的が消費者の厚生であり、それが裁判所を唱導すべきであるとの明示的な言及が随所にみられること。

(2) シャーマン法はカルテル協定、独占的なマージャー、掠奪的事業慣行 (predatory business practices) を主要な対象としたが、これらの禁止は「消費者の厚生」という目的以外とは調和しないこと。

(3) 議会は同法が事業上の効率性 (business efficiency) に干渉しないよう注意を払っていた。こうした考慮は極めて強いものであったので、優れた効率性のみによって獲得され、維持される独占は合法であるとされた。

(4) 農業団体や労働団体など消費者の厚生が決定的にかかわらない問題に対処する場合に適用除外が規定されなかったこと。

(5) シャーマン法制定当時、連邦憲法上、連邦議会に認められた州際通商規制権 (第1編8節3項) の適用範囲は極めて狭いものであったので、議会が裁判所に広範な社会的、政治的価値に基づく判断をさせようとしたとは、到底考えられないこと。

以下、これらの点を検討すると(27)、(1)に関する Bork の主張は、要するにシャーマン上院議員が当初、提出した法案の禁止対象が「取り決め、契約、協定、トラストまたは結合」であって、「十分かつ自由な競争 (full and free competition) を妨げる意図をもって行われる、またはかかる効果をもつこととなる」もの、および「消費者に費用を増大させる (advance the cost to consumer) 意図による、またはかかる効果のある」ものであって、「小規模事業者 (small businessmen) の保護」などという社会的価値の維持に向けられたものではなかったこと、高価格が生産制限によってもたらされることを理解していたシャーマンをはじめとする議員の発言は、彼らが「『通商制限 (restraint of commerce) 』あるいは『取引制限 (restraint of trade) 』という言葉で『産出量の制限 (restriction of output) 』と同一視していたことを示して」(28)おり、上下両院議員のこうした発言から、提出された様々な法案は「消費者の厚生」を目的とするものであったというのである。

しかし、右のような文言がシャーマン上院議員の提出した法案に用いられていたか

らといって、シャーマン法を制定した議会が新古典派経済学という「経済効率」を指導的な価値と考えていたとはいえない。右の文言は、上院の最終審議段階で司法委員会が報告した法案(29)（これが現行法の原型となった）からは完全に削除されたし、シャーマン議員がその法案を提出した意図としても右の文言から「経済効率」を目的と考えていたというのは言い過ぎであろう。周知のごとく、当時の連邦議会は経済学者の見解をあまり参照していないし、経済学者もシャーマン法の制定過程にほとんど関与していない(30)ことから考えて、コモン・ロー以来の伝統的な概念である「取引制限」を、新古典派経済学という「産出量の制限」ないしは今日、経済学者がそう呼ぶものの当時の認識形態と同一視していたというのは、歴史の歪曲的解釈といわざるをえない。

そもそも法案や審議の過程でいわれる「消費者」とは、Bork が主張するように「農民、労働者、小規模事業者」等と区別された特定階層をいうのだろうか。George 上院議員は、右の「消費者に費用を増大させる」との文言に関する審議の際に、「消費者とは誰であろうか」と自問した後に、「個人としての合衆国人民」であると自答し、さらに「彼は貧しい。農民、職人、労働者 (farmer, or mechanic, or laborer) なのだ。」(31)と続けている。このように当時の意識として「消費者」を農民、労働者、小規模事業者と区別していたとは考えられず、こうした者の不当に侵害された利益を回復し、擁護することこそがシャーマン法の目的と考えられたと見てよからう。

次に(2)について、Bork は次のようにいう。価格協定や市場分割協定等のカルテルがシャーマン上院議員の提出した法案において禁止対象とされていたことは明らかであり、もし「小規模事業者の保護」のような社会的目的を含むとすれば、こうした事業者によるカルテルは対象外とされねばならなかったはずだが、すべてのカルテルが違法とされたことは、「消費者の厚生」がシャーマン法の目的であることを示している。また独占的マージャーおよび掠奪的慣行が対象であったことは、シャーマン議員が引用した砂糖トラストや鉄道会社の掠奪的な価格差別・リベートに関する判決などから窺えるが、これらの禁止が「消費者の厚生」に向けられていることは同議員の発言から明白である(32)。審議における様々な議員の発言は「農民、労働者または小規模事業者に対する関心が、消費者に対する関心に対して補足的なもの (complementary) にすぎず、消費者と他のグループの利益が対立する場合には消費者に対する関心に優越しないものであるとの見解と完全に一致する」(33)と。

この点に関しては、カルテル、独占的マージャーおよび掠奪的慣行をシャーマン法

が規制対象としたことは、同法を制定した議会が「消費者の厚生」＝「経済効率」だけを目的と考えたということにはつながらない。Flynn 教授も指摘するように(34)、これら三種類の行為の禁止は、富の不公正な移転の防止、競争過程の保護、経済的権力の少数者への集中の防止といった Bork の認めない非経済的目的に向けられたものとも考えられる。これに対して審議過程で討議された競争者が事業を放棄するよう強制する行為の禁止(35)、消費者から売手への富の不当な移転の防止(36)、コモン・ローにいう取引制限法理を制定法化しようという意図(37)、再販が規制対象として包含されるとの発言(38)などは、「経済効率」目的とは一致しない。

(3)については、Bork はシャーマン法二条において monopoly でなく、monopolize という文言が使われたことは、独占状態を獲得する合法的な行為がありうることを示しており、また「例えばケンタッキーの州民が短角種の牛を取引していたとして、その優れた技能のために彼がメキシコから注文がくる合衆国で唯一の業者となった場合…法案は、その者を犯罪者とすることを意図しているのか」(39)との Kenna 議員の質問に対する Hoar 議員の次のような回答が優れた効率性によって獲得された独占は違法とはしないという議会の意図を表明している、という。

「牛馬の飼育者であれ、何かの生産者や熟練工であれ、ある者が優れた技術と知性のみによって、他の者が彼ほど上手でないために事業の全部を手に入れることとなったとしても、合衆国裁判所は彼を独占者とはいわないであろう。」(40)

Flynn もいうように(41)、個人の努力と技術によってある市場が独占される結果となったとしても、それを処罰しないとしたことは事実であっても、そのこと、あるいは右の Hoar 議員の発言が Bork の分析枠組みである「消費者厚生モデル」からみて効率性を改善する行為（資源配分上の効率性と生産上の効率性から判断される）が他の事業者を市場から排除するのをすべて免責することを意味するとは到底考えられない。

(4)に関しては、労働団体が賃金を引き上げる行為および農業団体が農産物の価格を引き上げる行為を明文で適用除外する規定を連邦議会が一旦、設けながら後に削除したという経緯があり、この削除に両義の解釈が可能なことは周知のところであろう。Bork は、裁判所にケース・バイ・ケースで判断させるというアプローチを議会はとらなかったから、適用除外を認めるか認めないかのいずれかしかないと、上院司法委員会の委員長で適用除外に反対であった Edmunds 議員の指導により削除されたと考えられるから、すべてのケースは「消費者の厚生」に基づいて判断されねばならないという(42)。

しかし、この点に関しては、シャーマン上院議員や Reagan 上院議員の発言などから、多くの議員が同法を非企業的な結合体 (nonbusiness combination) に適用する意図をもっていなかったことは明らかである。綿摘み農民 (cotton farmers) が黄麻袋 (jute bagging) トラストの製品をボイコットした例をあげて、こうした「道徳的かつ防衛的目的」の取り決めに適用されるおそれがあると George 上院議員が指摘したのに対して、シャーマン議員は「法外な前提によつてたつ」解釈であり、そのようなボイコットを妨げる文言はどこにもないと述べたこと(43)、Reagan 議員が自己の法案は農民団体や労働団体には適用されない旨を明言していること(44)等がその例である。さらに Edmunds 議員に影響されたという解釈も、それでは明示的な適用除外法案が幾つも提出された下院が全く沈黙したことが理解不能となる(45)。このように当時の議員の意識からすれば、明示的な規定がなくとも適用除外の意図は法案に内在化しており、企業結合の犠牲者である農民や労働者の団体を対象としないというのが連邦議会の黙示の意思であったと考える方が妥当であるように思われる。

最後に(5)について、Bork は次のようにいう。連邦議会の州際通商規制権については、州際—州内の区別と商業—非商業の区別が可能であるが、両者は連邦主義ないし中央政府のあり方にかかわる相互に関連した問題である。州権を尊重し、連邦議会の「州際」規制権を限定的に解する者は、規制の目的に関しても「商業」目的に限ろうとする傾向がみられる。シャーマン法が制定された当時、連邦議会は州際通商規制権に関して連邦最高裁の解釈に基づいて限定された見解をとっており、従ってシャーマン法を通じて非商業的=社会的、政治的な目的に基づいて規制する権限を認めたとはい到底考えられない、という(46)。

しかし、州際通商規制条項に関する連邦議会の議論は、いかなる場合にこの条項に基づいて規制することができるのかに力点がおかれていたのであって、どのような目的に基づいて規制できるかにではない。州際通商規制条項との関係で最も詳細な議論を展開したのは George 上院議員であるが、彼は輸入された商品が荷を解かれ、あるいは販売された時点で州際通商規制権の対象でなくなり、州の管轄下におかれることになるという、いわゆる original packing 法理(47)があるから、シャーマン法案は架空の対象をねらっているにすぎないという疑義(48)や、当時の判例から一州内における生産には同法案が及ばないのではないかとの疑問を提起したのである(49)。他の議員の州際通商条項に関する議論も同様であり、同条項に関しては、当時の判例との関係で規制が可能な場合や範囲が問題となったのであって、どのような目的ないし観点

から規制ができるかではなかった。

(6) 合衆国第五〇議会及び第五一議会は、鉄道、北東部の商工業者、金融業者等に対する南部、西部の農民、中小企業者、労働者の怒りが爆発した時代状況の中にあった。一八八八年には大統領選挙を意識して共和党さえ、トラスト規制をその綱領に唱うほかない時代であり、いかなる保守的議員も小規模事業者の救済を考えざるを得なかった(50)。むしろ第五一議会が“Billion Dollar”議会と呼ばれたように、ビジネスの権益が大いに代表されたことは疑いない。しかし、Ingalls や Reagan 等西部農民を代表する議員や George のように南部を代表する議員によって、それぞれの利害が議会で反映されたことも事実である。シャーマン法を制定した議会の意図は、こうした時代の政治的、社会的、経済的状况の中で考えられなければならない。

そうすると、シャーマン法は共和党が西部諸州で選挙戦に敗退しそうな情勢であったため、譲歩したにすぎないとの見解やシャーマン議員は「本音では近代工業の発展と巨大法人企業の成立に賛成し、『シャーマン法』のコモン・ロー原則による解釈を司法部に期待しながら、他方、法律の文言のなかには、『自由な市場』なるイメージを盛り込んでポピュリストの気持ちを和らげ、合衆国内部で相争っている二つの勢力の仲裁をはかったのであった」といった見解(51)と同法をレッセフェールと経済ダーウィニズムからの離脱とみ、職業・事業の自由な選択・遂行と平等な事業機会の保障（あるいは、これに加えて政治生活における独立思考の維持）という経済的平等主義（economic egalitarianism）に基づいて制定されたとみる見方(52)との相違は残っても、シャーマン法を制定した議会が新古典派経済学のいう「経済効率」の改善あるいは現在、「経済効率」と呼ばれている概念の当時の認識形態を同法の目的としたとは言いがたいこと、少なくともそれが唯一または主要な目的であったとは言えないことは明らかである、と結論せざるをえない(53)。

(24)R.H.Bork, THE ANTITRUST PARADOX-A POLICY AT WAR WITH ITSELF-57(1978).

(25)Id.at 81-9.

(26)Bork,Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act,9 J.L.& Econ.7,11-13(1966).

(27)まず方法論の問題として、シャーマン法を制定した議会の意図を検討するのに、



Bork のように議会審議録に依拠するだけでよいのか、との疑問が生じよう。Thorelli 教授は初期の連邦反トラスト政策の総合的、社会科学的解釈という課題を追求して、英米コモン・ローに遡るとともに、一九世紀後半のアメリカ社会の経済的、憲法的、イデオロギー的状况をシャーマン法制定の背景として検討した (H.B.Thorelli, *The FEDERAL ANTITRUST POLICY* (1955))。Bork の方法は、Thorelli のそれに比すべくもないが、両者は歴史学と法学という学問領域の違い以上に、問題関心ないし実践的意図においてレベルを異にする研究であり、単純な比較は妥当でないというべきであろう。

(28)Bork, *supra* note 26, at 16.

(29)第五一議会第一会期中の一八九〇年四月二日に上院司法委員会が報告した法案である (なお、シャーマン議員は同委員会の委員ではない)。これについては、1 E.W.Kintner, ed., *ANTITRUST LAW* 275-7(1978) を参照 (以下、同書を Kintner, *ANTITRUST LAW* として引用する)。

(30)H.B.Thorelli, *supra* note 27, at 311-329, 566-7.

(31)21 Cong.Rec.1768(51st Cong.1890), Kintner *ANTITRUST LAW* 100.

(32)Bork が引用する Sherman 議員の発言は次のとおり。「かかる結合の唯一の目的は競争を不可能にすることである。それは市場を支配し、価格を引き上げまたは引き下げ、利己的な利益を最も増大させるように、特定の地域で価格を引き下げて競争を破壊し、競争が存在しないところでは意のままに価格を引き上げる。…利己主義の法則は、競争に制御されないまま消費者の利益を無視するよう要求する。…結合は、これまでに発明されたいかなるものより危険であり、…特定の産業における大部分の会社を包摂するにいたる場合には、消費者に対する価格を引き上げることとなろう。」

(21 Cong.Rec.2457(1890), Kintner, *ANTITRUST LAW* 117.)

(33)Bork, *supra* note 26, at 26.

(34)Flynn, *The Reagan Administration's Antitrust Policy, "Original Intent" and the Legislative History of the Sherman Act*, 33 *Antitrust Bull.* 259, 275-7(1988).

(35)20 Cong.Rec.1167 (50th Cong.1889), Kintner, *ANTITRUST LAW* 68.

(36)20 Cong.Rec.1457(50th Cong.1889), Kintner, *ANTITRUST LAW* 75-6.

(37)21 Cong.Rec.2457(51st Cong.1890), Kintner, *ANTITRUST LAW* 115-6.

(38)21 Cong.Rec.4089-90(51st Cong.1890), Kintner, *ANTITRUST LAW* 300-3.

(39)21 Cong.Rec.3151(1890), Kintner, *ANTITRUST LAW* 292.

- (40)21 Cong.Rec.3152(1890), Kintner,ANTITRUST LAW 293.
- (41)Flynn,supra note 34,at 277-9.
- (42)Bork,supra note 26,at 31.
- (43)20 Cong.Rec.1458(50th Cong.1889), Kintner,ANTITRUST LAW 78-9.
- (44)21 Cong.Rec.2562(51st Cong.1890), Kintner,ANTITRUST LAW 161.
- (45)Thorelli,supra note 27,at 332.
- (46)Bork,supra note 26,at 31-5.
- (47)Brown v.Maryland, 25 U.S.(12 Wheat) 419 (1827).
- (48)20 Cong.Rec.1459(50th Cong.1889),Kintner,ANTITRUST LAW 79-80.
- (49)21 Cong.Rec.1768-9(51st Cong.1890),Kintner,ANTITRUST LAW 102.
- (50)Thorelli,supra note 27,at 216.
- (51)楠井敏朗『法人資本主義の成立—二〇世紀アメリカ資本主義分析序説』（一九九四）三二四頁。
- (52)Thorelli, supra note 27,at 2,226-7.
- (53)「経済効率」がシャーマン法の唯一または主要な目的でないことを示す引用を審議録から補足的に行えば、次のとおりである。
- 「トラストとコンビネーションは、恣意的に価格を統制し、自らが購入するときは値下げさせ、自らが販売するときは価格を引上げる。彼らは巨大な富を集積させ、人民を貧困に陥れる。この法案は、こうした事態への救済である。」(George 上院議員、21 Cong.Rec.1768(51st Cong.1890),Kintner,ANTITRUST LAW 100.)
- 「このコンビネーションの集中した力が一人の人間に委ねられたら、それは王のように絶対であり、我々の政府の形態と矛盾し、州及び連邦の強力な抵抗に遭わねばならない。悪といえば、これこそが悪である。」(Sherman 上院議員、21 Cong.Rec.2457(51st Cong.1890),Kintner,ANTITRUST LAW 117.)
- 「我々が検討しなければならない問題点は、結局、財の生産、全国輸送を（トラスト一筆者注記）本部の中枢があるニューヨークのオフィスに座っている少数の人間の意志に依存することが安全かということである。」(Sherman 議員、21 Cong.Rec.2570(51st Cong.1890),Kintner,ANTITRUST LAW 178.)

#### 四 シカゴ学派の反トラスト法理論

先に私は、Bork のいう「消費者の厚生」という用語がミス・リーディングであり、彼の理論全体からすれば「経済効率」こそが反トラスト法の目的であるというのが誤解を招かない適切な表現だと述べた。ここでは、その意味を明らかにし、併せてシカゴ学派の基本的な反トラスト法理論である「消費者厚生モデル」の問題点を検討しなければならない(54)。

まず、Bork のいう「消費者の厚生」とは一般消費者の厚生を意味するものではない。この点に関して、Bork は「社会の経済的資源が配分され、その結果、消費者が自己の欲求を技術的制約が許容する限り十分に満足させるとき、消費者の厚生は最大となる。この意味で消費者の厚生とは、国民の富 (the wealth of the nation) の単なる別言にすぎない」(55)という。

そして反トラスト法上問題となる行為が、この意味における「消費者の厚生」に与える効果（これには、主として効率増大、主として産出量制限、中立の三種類しかないとされる）は「資源配分上の効率性 (allocative efficiency)」と「生産上の効率性 (productive efficiency)」の両面から判断されねばならないとされる。両効率性概念について Bork は、F.H.Knight 教授を引用して、前者は利用可能な労働力および原材料をさまざまな産業間にどう割当ないし配分するかの問題であり、後者は各々の産業において、さまざまな生産手段を最大の生産が行われるように、どのようにグループへ集中させるかという問題であるという(56)。要するに、資源配分上の効率性とは市場または経済において消費者が最も価値があると認めるものの生産に資源が配分されているかを問題とし、生産上の効率性とは特定の企業によって資源が有効に利用されているかを問題とする概念であることは周知のところであろう。

重要なことは、Bork が「反トラストの全部の仕事は、消費者厚生になんらゲインも生まないかネット・ロスが発生するほど生産上の効率性を阻害することなしに資源配分上の効率性を改善することと要約できる」(57)という意味である。具体例をあげよう。

図1は Bork が Williamson 教授の論文から引用するもので、あるマージャーが「消費者の厚生」に与える影響を分析する「消費者厚生モデル (consumer welfare model)」(58)である。複数の事業者によるマージャーが行われ市場力が形成される結果、生産制限が行われるが、他方、当該事業者にとってはコストが削減されるという想定で、

AC<sub>1</sub>がマージャー前における事業者の平均費用線、AC<sub>2</sub>がマージャー後の平均費用線であり、Q<sub>1</sub>はマージャー前の生産量、Q<sub>2</sub>はマージャー後の生産量を、またP<sub>1</sub>はマージャー前の価格、P<sub>2</sub>はマージャー後の価格を示している。図1の三角形ABCは死重損失 (dead-weight loss) であり、四角形P<sub>1</sub>DEBがコスト節約 (cost savings) である。Borkは、理論的にはこれらと比較し、死重損失がコスト節約より大きいときは当該マージャーは「消費者の厚生」にネット・ロスとなるが、コスト節約が死重損失より大きいときはネット・ゲインとなり、反トラスト法によって禁止されるべきは前者の場合だけであるという。

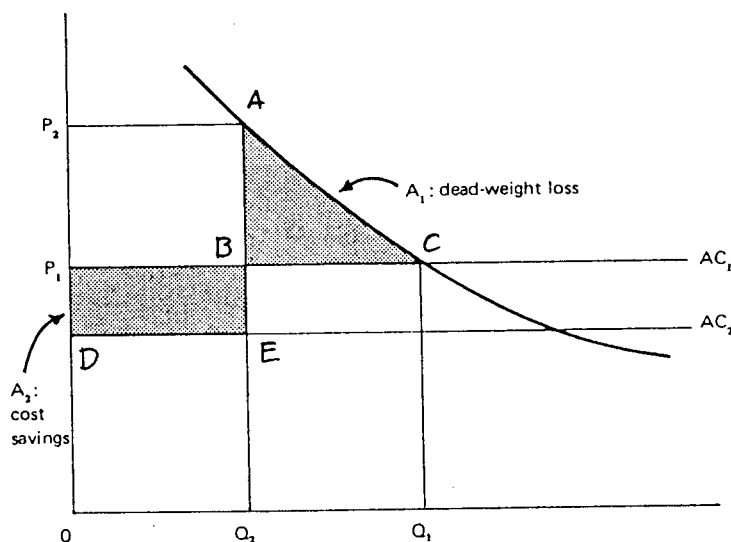


図1  
R. H. Bork, *The Anti-trust Paradox* 107 (1978).

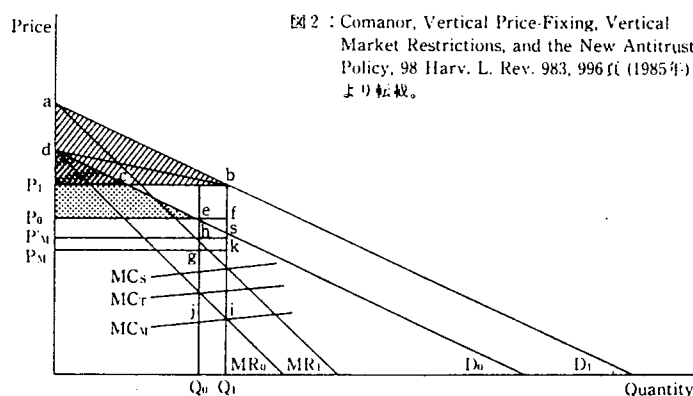
しかし、この「消費者厚生モデル」は、文字どおり一般消費者への損失を違法性基準とするものではない。それは次のような事情による。まず、死重損失とは産出量の制限による生産者余剰と消費者余剰の減少部分であり（ただし、図1は平均費用線＝限界費用線という前提で作図されているため、生産者余剰があらわれない）、コスト節約は、まずもって生産者に発生する費用の減少部分である。図1においてBorkは、コスト節約が死重損失より大きければ「消費者の厚生」にはネット・ゲインとみるわけであるから、生産者に発生するコスト節約が消費者余剰の減少部分よりも大きい限り、「消費者の厚生」は改善されたとみるわけである。

このように、Borkのいう「消費者の厚生」は全く一般消費者の利益とは異なるもの

である。Fox と Sullivan 両教授も、Bork のいう「消費者の厚生」とは生産者と一般消費者の厚生の合計であり、「消費者が損失を受けたとしても生産者がそれ以上に獲得すれば、『消費者の厚生』は増大したことになる」(59)のであると指摘する。これが Bork の理論全体からみて、一般消費者の利益を反トラスト法の目的と考えていない理由である(60)。

次に垂直的価格制限（再販売価格維持行為）に関する Bork の分析を例にとって、「消費者厚生モデル」の問題点を考えてみよう。Bork によれば単独メーカー主導の再販は、販売業者にディーラーサービス（広告、商品説明、販売促進活動等）を提供させることを目的とするものであり、それが提供される結果、産出量は増大する（その含意として生産者余剰も消費者余剰も共に増大する）から、単独メーカー主導の再販は「当然適法（legal per se）」であると主張する(61)。

単独メーカーが多数の競争的販売業者を通じて商品を消費者に販売するという想定で、Bork の当然適法論を図2でみると、D0は再販実施前の需要線であり、これが再販の結果、増大したディーラーサービスによって実施後の需要線D1へシフトするとされる。MR0は実施前のメーカーの限界収入線であり、MR1は実施後のそれである。MCmはメーカーの限界費用線であり、MCtは流通業者の費用を加えた再販実施前の限界費用線、MCsは実施後のそれである。またPm、P'mは再販前後のメーカー価格を、P0、P1は再販前後の市場価格を、Q0、Q1はアウトプットの変化をそれぞれあらわす。



生産者余剰は $Q_1$ が $Q_0$ より大きく、 $P'_m$ が $P_m$ より大きいことから、つねに再販実施後の方が実施前より大きい(図2でメーカーの生産者余剰の増加は $P_m P'_m h g$ と $h k i j$ によってあらわされる)。

それでは消費者余剰はどうであろうか。Borkの想定ではディーラーサービスが提供される結果、需要線は元の形のままで右上に平行にシフトするとされ、その結果、消費者余剰は、再販実施前の三角形 $d e P_0$ から $a b P_1$ へと増大する。従ってBorkはディーラーサービスが提供され、産出量が増加する場合には、生産者余剰も消費者余剰も共に増大するから、「当然適法」とすべきだというのである。

しかし、Borkの分析は消費者の需要線が元の形のままで平行移動するという想定を前提としているが、それは、すべての消費者が提供されるディーラーサービスに等しく価値を認めるという仮定がおかれていることを意味する。この点こそがComanor教授の批判するポイントである。Comanorによれば、ディーラーサービスに価値を認める消費者と認めない消費者が存在することが大いにありえ、その場合には需要線は元の形のままで平行にシフトしないという(62)。図2で再販前の需要線 $D_0$ のうち $dc$ 上の消費者が提供されるサービスに価値を認めないとすると、この部分は再販実施後も需要線は右上に移動しない。これに対して、 $cs$ 上の消費者は価値を認め、再販実施後の需要線は $cb$ までシフトするため、新しい需要線は $dcb D_1$ となる。この場合には再販実施後の消費者余剰は $dc P_1$ であって、明らかに実施前の消費者余剰 $de P_0$ より小さい。この場合、総余剰の増減は生産者余剰の増加部分と消費者余剰の減少部分のいずれが大きいかによって依存することとなり、少なくともBorkのいうように常に総余剰は再販実施後の方が大きいとはいえないとComanorは批判するのである。

このようにBorkの「消費者厚生モデル」のみならず、Borkのような単純性は免れているとはいえ、ComanorやSchererの分析枠組みについても一定程度妥当なことだが—は、需要線の傾きや位置、価格や産出量の変化の程度等によって消費者余剰や生産者余剰(従ってまた総余剰)の増減に関する結論が正反対になりうる「ナイーブなモデル」である。こうした分析枠組みによって、独禁法上の違法、合法を決定することが妥当であろうか(64)。いま仮にこうした分析枠組みが反トラスト法の社会的、政治的目的を組み込めないという点は措くとしても、こうしたモデルは裁判所や行政機関による実用に耐えるものなのであろうか。

(54)シカゴ学派、さらには「法と経済学(Law and Economics)」のより基礎的、一

般理論的批判としては、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（１）－（４）」民商法雑誌一〇八巻六号―一〇九巻三号（一九九三年）を参照されたい。

(55)R.H.Bork, THE ANTITRUST PARADOX-A POLICY AT WAR WITH ITSELF-90(1978).

(56)Id.at 91.

(57)Ibs.

(58)Id.at 107.

(59)Fox & Sullivan,Antitrust-Retrospective and Perspective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?,62 N.Y.U.L.Rev.936,946-7(1987).「消費者厚生」なる呼称がミス・リーディングであることについては、川浜、前掲論文（２）の七頁および一二頁の注110および白石忠志『技術と競争の法的構造』（一九九四年）一一五―一六頁の注二六〇をも参照。

(60)以上のような Bork の考え方は「個々の具体的事案において、一般消費者の利益と国民経済全般の利益が相反するような場合には、本法の運用に関しては前者は後者にその席をゆづるべきものであって、一般消費者の利益は国民経済全般の利益に抵触しない限度においてのみ最大限に尊重さるべき性質のものである」という見解（石井良三『独占禁止法』四四頁（一九四七））を想起させる。

(61)Bork,supra note 55,at 288-98;Resale Price Maintenance and Consumer Welfare, 77 Yale L.J.950(1968).

(62)Comanor,Vertical Price-Fixing,Vertical Market Restrictions,and the New Antitrust Policy,98 Harv.L.Rev.983,997(1985).

(63)もっとも Bork は「消費者厚生モデル」が単に関係を示すものに過ぎず、実際には図1における需要線の傾きや三角形、四角形の面積を計測することはできないと自認した上で、けれども大抵の場合には、カルテルのようにコスト節約がなく生産制限による死重損失だけが発生するか、あるいは大部分のマージャーのようにコスト節約だけが生じ、死重損失は発生しないかであるから、比較衡量の必要はないという（Bork,supra note 55,at 108）。

なお本稿は、Bork をはじめとするシカゴ学派にみられるような、単純な新古典派経済学の反トラスト法への応用に否定的な結論を述べたにとどまり、経済学一般の反トラスト法学にとっての有用性を否定するものではない。また本文のような経済学的論

議は、ひと昔前のおくれた理論に基づくものであり、現在ではあまり意味がないという批判もありえよう（例えば再販につき、桑原秀史「垂直的取引制限と流通システム」経済学論究（関西学院大）四七巻三号（一九九三年）三〇頁注一を参照）。しかし、Bork や Posner が提出する議論はそのようなレベルの経済理論に基づいており、これに対する批判も同レベルで足りると考えられる。さらに本稿は、シカゴ学派の規範理論の非実用性、非有用性という観点だけからしか批判しておらず、より根源的な、本質的な批判が不十分である。この点は本報告書第2章を参照。

## 結 語

英米において新自由主義は、戦後福祉国家の危機の表面化と軌を一にして登場してきた。個人主義（自助、自立）、自由市場、そして限定された国家（limited state）という新自由主義の中核的原理は、いずれもケインズ主義的福祉国家の理念と敵対的ないし対立的なものであった。ハイエクは自生的な市場秩序＝カタラクシーにおいて、自由が知識の生成、普及を媒介するだけでなく、市場秩序に内在的な不平等と不利益こそが文明の進歩にとって必要な存在と考えた。こうして資本主義の枠内で失業を減らし、労働者の団結・連帯を一定程度容認し、国家の経済過程への積極的な介入によって不平等を極小化しようというケインズ主義的福祉国家の理念ないし建前は、新自由主義においては全く否定されたのである。

新自由主義の反トラスト法学への投影は、シカゴ学派の抬頭となってあらわれた。Bork は、最も重要な反トラスト法であるシャーマン法の立法目的を「経済効率」、すなわち生産上の効率性を阻害することなしに資源配分上の効率性を改善することでなければならないと主張したが、これは同法の制定史上の根拠を欠く歴史の歪曲的解釈と断ぜざるを得ないものであった。

また、Bork の反トラスト問題を分析する基本的枠組みである「消費者厚生モデル」は、その名称にもかかわらず、総余剰の変化を計量的に比較衡量するものであり、生産者のゲインが一般消費者のロスより大きい場合にも「消費者厚生」は増大とするモデルである。反トラスト法上問題となる行為を分析する場合、生産者余剰と消費者余剰の和、すなわち総余剰の増減を違法性基準とするこのモデルは、供給線や需要線の傾き、位置などによって生産者余剰や消費者余剰の増減に関する結論が正反対と



もなりうる「ナイーブなモデル」であって、問題となる行為の法学的・規範的評価に  
どれほど資するかは疑問といわざるを得ないのである。

## 第2章 規制緩和と新自由主義的競争論

土田 和博

- 一 規制緩和にみられる新自由主義的原理
- 二 「法と経済学」と全面的商品化
- 三 反トラスト法のシカゴ学派における「富の最大化原理」  
おわりに

### 一 規制緩和にみられる新自由主義的原理

(1) 一九九五年四月から始まった政府の規制緩和推進三カ年計画は、本稿執筆の九六年一十一月時点で二年目の四分の三近くを経過したが、政府は三カ年計画の終了を見越して、あるいはこれと並行して新たな政策課題に「行政改革」を掲げ、内閣総理大臣直属の機関を設けて中央省庁の再編成や首相官邸の機能強化の具体策づくりにあたる予定であると報じられている<sup>1</sup>。しかし、規制緩和推進計画は未だ完了したわけではなく、また首相の諮問機関である経済審議会・行動計画委員会も、九六年一十一月、金融、土地・住宅、雇用・労働、医療・福祉、高度情報通信、物流の各分野について新たな規制緩和措置を求めた<sup>2</sup>。とくに金融・雇用・情報通信の三分野については、当初、期限を設定して緩和措置の実行を求めている（例えば金融分野では、銀行、証券、信託の業態別子会社の業務範囲規制の撤廃、保険業とその他の金融業との子会社方式による相互参入の許容、金融持株会社の解禁などの九七年度中の実施を求めている）。審議会の原案を関係省庁と調整する前に公表するという異例の手法は、国際競争への出遅れ感がプレッシャーとなって早急な規制緩和を要請したものと伝えられた<sup>3</sup>。

このような政府規制緩和の潮流は、ここ二、三年のものではない。一連の規制緩和の起点は、少なくとも八〇年代初頭の第二次臨時行政調査会にまで溯ることが可能である。以下ではまず、日本における第二臨調以降の規制緩和の流れを大まかに把握し、そこに一貫して認められる傾向のイデオロギー的、理論的背景を問題としたい<sup>4</sup>。

なお、以下ではごく簡単にしか触れないが、八〇年代以降における日本の規制緩和の政治的ゲネシスないし推進力は財界と外圧（外国企業、外国政府）であることはいうまでもない。「消費者優先」、「消費者の利益の尊重」などのフレーズがもはや色褪せたお題目にすぎないことは多くの人の目に明らかであろう。それ故、規制緩和の背景に深入りしないだけであるが、事柄の本質は右のとおりであると考ええる。

(2) さて、第二次臨時行政調査会(第二臨調)や三次にわたる行政改革推進審議会(行革審)の答申、経済改革研究会の報告(いわゆる平岩リポート)、政府の規制緩和推進計画(一九九五年三月)および行政改革委員会の規制緩和の推進に関する意見(第一次、一九九五年一二月)等を通読して明らかなことは、規制緩和のエスカレート傾向、規制緩和の視点の推移、中小零細企業や雇用への配慮の相違、福祉・教育・労働など、いわゆる社会的規制あるいは独占禁止(競争維持)的規制への態度の変化などである。

すなわち、一九八一年に発足した第二臨調は、三公社の民営化に重点をおき、規制緩和については自動車の定期点検整備および検査、運転免許証の更新ならびに一般旅券の発給など、国民の日常生活を対象とした行政の簡素化、許認可の整理合理化を中心として比較的軽微な緩和に止まっていたが<sup>5</sup>、第二次行革審は、「公的規制」を定義し、初めて経済的規制と社会的規制の区別を導入した上で、対外不均衡の是正、市場アクセスの改善、輸出依存型産業構造の転換という観点から、主として経済的規制の緩和を提言した<sup>6</sup>。ただし、第二次行革審は、社会的規制に関しては「国民の生命、財産の安全の確保等を目的としており、経済的規制と同列に論ずることは適当でない」とし、また経済的規制についても自然独占性の高い産業におけるものや信用秩序の維持という目的で行われるもののように政策的意義や必要性の高い経済的規制が存在することを一応認め、さらにリップサービスとしてであれ、中小企業に対する規制については、撤退する中小企業に対して新規事業分野への進出を支援する措置の必要性を説くとともに、規制緩和に伴う配慮として雇用環境の安定のための総合的な施策を要請していた。

ところが、経済改革研究会報告、すなわち平岩リポートになると、景気回復、雇用拡大、商品・サービスの選択幅拡大、ニュービジネスの発展といったバラ色の未来を描き出し、経済的規制はむろん、社会的規制も聖域としないと宣言して自己責任原則の下に最小限化するよう求めたことは周知のとおりである<sup>7</sup>。さらに驚くべきことには平岩リポートでさえ「厳正運用を徹底する」としていた独占禁止法について、一九九五年三月に発表された政府の規制緩和推進計画は、株式総額保有規制(九条の二)の対象となる大規模事業会社の資本金額と純資産額の引上げとともに、制定以来、その内容については実質的な変更を受けず、財閥解体後の経済民主主義を可能な限り確保しようとする「経済憲法」の象徴的存在である持株会社の禁止(九条)についても解禁の方向で見直しを決定した<sup>8</sup>。

こうした「消費者なきコーポラティズム」政策決定機構<sup>9</sup>の答申や報告に基づき、政府は一九九三年九月の「緊急経済対策」以来、優に一七〇〇事項を超える規制緩和の具体的措置

を決定し、行政改革委員会の監視の下<sup>10</sup>、規制緩和推進計画を実行中である。

以上のような規制緩和の動きの背景には、外国企業による市場参入の障壁となる規制の緩和要求や国際的な競争圧力の激化とも関係して、日本企業による経済活動の自由に対する制限の撤廃・縮減の要求、あるいはエネルギー、物流、通信などインフラストラクチャー部門のコストパフォーマンス向上の要請などがあると考えられるが、そのイデオロギーや理論についてみれば、八〇年代以降のさまざまな答申、報告、意見などにおいて支配的な価値は、自由市場、小さな政府、自己責任、自助・自立等であって、新自由主義（The Neo-Liberalism）・新保守主義（The Neo-Conservatism）の色彩が極めて濃厚な内容となっている<sup>11</sup>。自由主義の復権をもくろむ新自由主義は、フライブルク学派やオーストリア学派などヨーロッパにも見られるが、その基本的原理である自由市場、限定された国家、個人主義を最も徹底して追及するのは、アメリカのシカゴ学派であるといえよう。通常、新自由主義・シカゴ学派という場合、Milton Friedman や George J. Stigler 両教授など経済学者を連想するが、以下ではこうした経済学の影響を受けた「法と経済学(Law & Economics)」および反トラスト法におけるシカゴ学派の両方にまたがる理論家である Richard A. Posner 判事の理論を取上げ、その内在的な問題点を検討したい。

ただし、そのように述べても日本の規制緩和が Posner の理論に基づいて、そのままの内容で行われているわけではない。日本の規制緩和の理論を辿っていけば、少なくともその一つの源流としてシカゴ学派に行き着くのではないか、というにすぎない。また「法と経済学」も反トラスト法のシカゴ学派も共に一枚岩ではなく多種多様な理論家がいるが、新自由主義の基本的原理に最も忠実に、かつ極端な形で定式化する論者として Posner の理論をみようという趣旨である。

さて「法と経済学」や反トラスト法のシカゴ学派の理論的問題点をどのように捉えるかは、それ自体、容易ならざる問題である。以下では、①「法と経済学」、とりわけ Posner の理論は、売手と買手が自由に合意する限り、あらゆるモノを商品として取引してよいという全面的商品化（universal commodification）ないし市場帝国主義（market imperialism）という傾向を有すること<sup>12</sup>、②行為や制度の望ましさを判断基準として、また規範的評価基準として「富の最大化原理」を提示することに焦点を合わせて検討してみたい。

## 二 「法と経済学」と全面的商品化

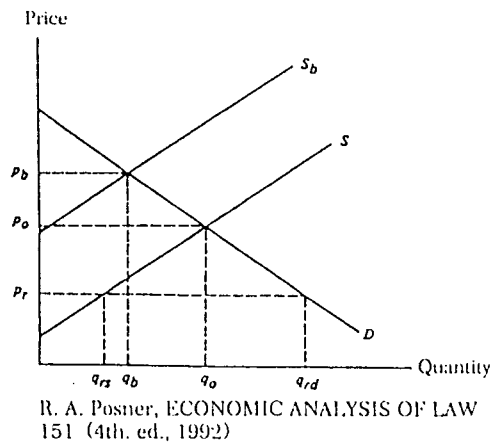
不法行為法や反トラスト法にとどまらず、現在では「法と経済学」は、法律学のあらゆる

分野に適用領域を拡大しつつあるように見える<sup>13</sup>。特に Posner は『法の経済分析』なる著書の中で財産法、契約法、家族法、不法行為法、刑法、独占禁止法、労働法、政府規制産業に関する法、会社法、税法、民事および刑事訴訟法、行政法、憲法など、ほとんどすべてといっても過言でないほど広範な法領域に経済分析を及ぼし、その過程で現存する諸問題の解決策として市場制度の利用を提言ないし示唆する<sup>14</sup>。ここでは、しばしば極端な商品化の例として取上げられる「嬰兒の商品化」についてみてみよう。

(1) 家族法の分野において、Posner は養子縁組を論じ、アメリカでは養子を欲する人が子を養子に出す人に比べて相対的に多い、つまり経済学的に言えば、子供の養子縁組について需要と供給が不均衡であるという。そこで「妊娠能力はあるが養育する意思のない人と養育したいと願いながらも妊娠能力のない人が存在するという事実は嬰兒の市場を示唆する」。現在、アメリカでは各州によって認可された私的な非営利機関が養子縁組をあっせんしているが、しかし、Posner によれば、こうした非営利機関は、市場取引が許された場合に成立するであろう市場価格よりも低く費用（養子縁組の際に養親が実親に支払う）を規制しているため、「供給」が抑制され、その結果、超過需要をみたそうとしてブラックマーケットが発生するが、そこでは嬰兒の価格は市場価格よりも高く、かつ供給数量は少ないから、買手は、市場取引が合法化された場合よりも著しく不利な条件に甘んじなければならない。以上のような理由で、Posner は嬰兒の市場取引の合法化を示唆する<sup>15</sup>。

以上を示したものが図1である。横軸は嬰兒の数、縦軸は価格である。養親の需要を表した右下がりの需要線がD、市場取引が認められた場合の供給線がSである。競争市場では $p_0$ と $q_0$ にそれぞれ価格と数が決まる。Posner によれば、州によって認可された私的な非営利団体が $p_r$ まで価格を人為的に抑制しているから（この場合の価格は、養親から実親に対して支払われる費用であって、養子縁組の場合も全くゼロというわけではない）、その場合には $q_r s$ の数の嬰兒しか養子として縁組みされない。他方、 $p_r$ の価格のもとでは $q_r d$ の需要がある。従って、 $q_r d$ と $q_r s$ の差が超過需要であり、これを目当てにブラックマーケットが発生する。その場合、Posner によれば供給線は $S_b$ まで左上にシフトする（ $S_b$ はブラックマーケット下での供給線）。ブラックマーケット下での価格と数は $p_b$ と $q_b$ となるから、市場取引を許す場合よりも、ブラックマーケット下での取引価格は高く、しかも取引される子供の数は少ないというのが図1の示す結論である。

図 1



(2) 全面的商品化のもう一つの例として、「公害排出権」を取上げよう。これは社会全体で排出できる二酸化炭素 (CO<sub>2</sub>) や二酸化硫黄 (SO<sub>2</sub>) など、地球温暖化や酸性雨の原因とされる産業廃棄物の総量を予め決めておき、その廃棄物を排出できる枠ないし排出できる権利、つまり「公害排出権」を国や自治体から公害排出企業が買うという構想である。企業はこの権利を買わなければ排出できないものとし、売上金は公害対策費に当てられる<sup>16</sup>。こうした構想は国際的なレベルでも浮上している。伝えられるところによると、地球温暖化の原因物質とされる二酸化炭素 (CO<sub>2</sub>) の排出権売買構想を国連貿易開発会議 (UNCTAD) が立案したという<sup>17</sup>。それによれば、先進国は排出量の限界を越えがちであるから、排出枠に余裕のある途上国から排出権を購入することを認める仕組みであり、資金負担を嫌う先進国はCO<sub>2</sub>の排出抑制に必死に取り組むので地球全体のCO<sub>2</sub>排出量は抑制できることになる」とされる。要するに、経済メカニズムを通じて産業排出物の抑制を狙うのが排出権市場のポイントである。

この構想は、公害を排出することができる枠ないし「権利」を国や自治体あるいは余裕のある他の企業から買わなければ産業廃棄物を排出できないという制度的な前提があり、経済合理的な企業としてはその出費を押さえようとするから、産業廃棄物を減らすようなインセンティブを与えられるというものである。しかし、この制度的前提そのものが十分に確保されるか (国や自治体は、公害企業が「権利」を買わないで公害を排出しないように十分に監視することができるのか) がまずもって疑問であるのみならず、公害排出企業

は「公害排出権」を買う場合と産業廃棄物を減らすために必要なコストを比較し、経済合理的な行動を取るであろうから、常に廃棄物を減らすという道を選択するとは限らない。

(3) 以上、嬰兒の商品化と公害排出権の売買という衝撃的な問題をごく簡単にみたが、「法と経済学」の商品化提案はこれらにとどまらない。例えば、身体の一部（臓器、角膜、血液）、代理母など身体を用いた役務、選挙権などが商品化候補としてしばしば挙げられ、このうちの一部は、国によっては既に商品化が実現している。日本でも血液、子供あるいは選挙権などの売買は、かつては行われたことがあり、あるいは現在でも非合法的な形で行われているものではある。しかし、言うまでもなく「法と経済学」の提案は、これを合法的に行うことができるようにしようというものである。なぜ「法と経済学」は、道徳的直観に反するこうした商品化が望ましいと考えるのか。それが「富の最大化原理」の問題である。

### 三 反トラスト法のシカゴ学派における「富の最大化原理」

(1) Posner にとってある行為や制度が望ましいか否かは、それによって富が増大するかどうか、すなわち社会的総余剰の増減に依存する。まず、注意すべきは、Posner が「富の最大化」を功利主義的な満足あるいは効用の最大化と区別しようとしているということである。功利主義的な満足や効用は、それ自体、満足や効用の源泉が何であるかを問わないからである。それ故、「道徳的奇形」や「倫理的モンスター」が生まれるのだが、しかし、嬰兒の商品化を容認する Posner がこうした批判を免れるだろうか。

次に、Posner は他の者の余剰を減少させないで、ある者の余剰を増大させるパレート改善の場合だけが「望ましい」とするのではない。例えば、総余剰の構成要素である生産者余剰と消費者余剰の増減を比較し、一方の増大が他方の減少を補償してなお残余余剰がある場合も「望ましい」とする<sup>18</sup>。その結果、生産者余剰の増大が消費者余剰の減少より大きい場合にも、その行為や制度は望ましいとされる。ただし、市場または規制制度の下で被った損失の現実の補償が必要かどうかについては、Posner は極めて消極的である。その理由は、富くじのように損得が事前に分からない状況でそれを購入するものは損失の可能性に事前に合意したとみることができること、あるいは競争者の出現によって利益を失った企業家も当初の期待収入に損失の危険をカバーするプレミアムを含むから、事前に損失が補償されていることをあげる<sup>19</sup>。

(2) 以上のような「富の最大化原理」は、これが単なる「望ましき」の判断基準だけでなく、立法政策論的または法律解釈論的な基準として用いられる時、一気に問題が倍加す

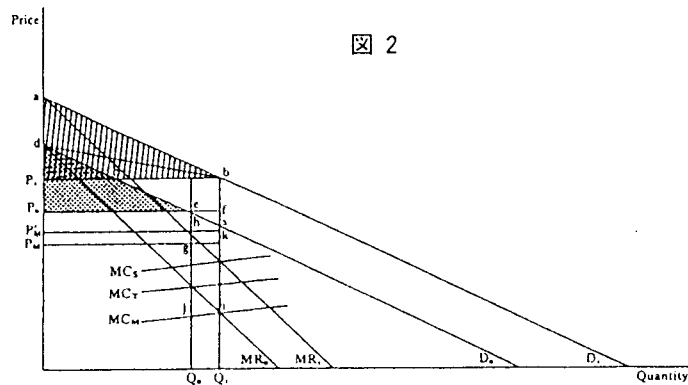
る。例えば、Posner は単独メーカー主導の再販売価格維持行為が「当然適法」とされるべきであることを強調するが、その論理は以下のようにになると考えられる<sup>20</sup>。単独メーカーが複数の販売業者と行う再販売価格維持行為は、安売り業者によるただ乗り (free ridings) を防止しつつ販売業者にディーラーサービス (広告、商品説明、販売促進活動等) を提供させることを目的とするものであり、それが提供される結果、当該商品のアウトプットは増大する (その含意として生産者余剰も消費者余剰も共に増大する) から、単独メーカーによる再販は「当然適法」とされねばならないというのである。単独メーカーによる再販の目的を常に右のように捉えてよいかについても疑問があるが<sup>21</sup>、ここでは単独メーカー主導による再販が反トラスト法上、当然に適法であるという解釈論が導かれることとなった論拠である社会的総余剰の増加に焦点を合わせて、こうした分析の基礎理論的問題点を検討してみたい。

図2において、MR 0 は再販実施前のメーカーの限界収入線を、またMR 1 は再販実施後のそれを表している。MC m はメーカーの限界費用線、P m およびP'm はそれぞれ再販実施前の生産者価格と実施後のそれである。当該商品の再販実施前の消費者購入価格であるP o は、再販によってP 1 まで引き上げられるが、増大したディーラーサービスの結果、需要線はD 0 からD 1 へ増大するから、当該商品のアウトプットはQ 0 からQ 1 へ増大する。この場合、生産者余剰はQ 1 がQ 0 より大きく、P'm がP m より大きいことから、つねに再販実施後の方が実施前より大きい (P m P'm h g と h k i j によって表される部分が生産者余剰の増大部分である)。これに対し、消費者余剰はどうか。シカゴ学派の想定では需要線はD 0 が元の形のままでD 1 へ右上へ平行にシフトするとされ、その結果、消費者余剰も再販実施前の三角形 d e P 0 から a b P 1 へと増大する。つまり、これはパレート改善の場合であって、規範的にも肯定されるべきケースだということである。

シカゴ学派の分析は消費者の需要線が元の形のままで平行移動するという想定を前提としているが、それは、すべての消費者が提供されるディーラーサービスに等しく価値を認めるという仮定がおかれていることを意味する。この点こそが Comanor の批判するポイントである。Comanor によれば、ディーラーサービスに価値を認める消費者とそうでない消費者が存在することが大いにありうる (例えば、パーソナル・コンピュータを初めて購入する消費者は小売業者の商品説明などに価値を認めるであろうが、熟練した消費者はそうではない)。図2で再販前の需要線D 0 のd c 上の消費者が提供されるサービスに価値を認めないとすると、この部分は再販実施後にも需要線は右上に移動しない。これに対して、c



s上の消費者が価値を認めるとすると実施後の需要線はc bとなり、再販実施後の新しい需要線はd c b D 1となると Comanor という。この場合、再販実施後の消費者余剰はd c P 1であって、明らかに実施前より小さい。結局、総余剰の増減は、生産者余剰の増加部分と消費者余剰の減少部分のいずれが大きいかにより依存することとなり、少なくともシカゴ学派のいうように総余剰は再販実施後の方が常に大きいとはいえないと Comanor は批判するわけである。



注 20 の Comanor 論文 (98 Harv. L. Rev. 983 (1985)) の 996 頁

(3) 以上のような議論の問題点はどこにあるのだろうか。このような議論に対して、さまざまな角度からの批判が可能であろう。例えば、右のような再販に対するアプローチは判例や立法史 (legislative history) をまったく無視するものである、こうした分析は供給曲線や需要曲線等々の位置や傾きを現実を知ることができず、あるいは知り得たとしてもそれらの微妙な相違によって当該再販の規範的評価が異なりうるという「ナイーブなモデル」であって裁判所や行政機関の実用に耐えないといった批判である。こうした批判は外在的批判としては基本的に妥当である。私もこうした観点からの批判をごく簡単ながら試みたこと

があるので<sup>22</sup>、以下では別個の観点から、すなわち、理論内在的な、あるいはより根源的・基礎理論的な批判を検討してみたい。

より根源的な観点からみた「富の最大化原理」の問題点の第一は、生産者余剰 (producer's surplus) と消費者余剰 (consumer's surplus) を通約可能なものと考え、これを定量的に計測するということにかかわる。生産者余剰と消費者余剰というのは、より一般的には売手余剰と買手余剰というべきものであって、消費者余剰にはいわゆる一般消費者ないし大衆消費者の余剰だけしか含まれないわけではないが、買手余剰としては一般消費者の余剰を含みうる。問題は生産者余剰を生産者の利潤から (それが存在する場合には) 固定費を引いた額、消費者余剰を商品・サービスに対する消費者の評価価格と市場価格との差と捉える点にある。そうしなければ両者を共通の基盤の上で計量し、差引き計算することができないからである。しかし、そうすることによって少なくとも一般消費者大衆の多面的な権利・利益の多くの部分が削ぎ落とされる。例えば正田教授のいう「消費者の権利」<sup>23</sup>、すなわち消費者の生命と健康の権利、不当な表示を禁止し、積極的な表示義務を課す「商品を正しく特定させる権利」、「取引条件(取引価格に限定されない)の決定に参加する権利」は、ほとんど無視されるか、控えめに言ってもどのように扱われるのか明らかでない。これを別の角度から言い換えれば、「富の最大化原理」は一般消費者をも経済合理性を原理として行動する「経済人としての消費者」と規定しているということである。営利追求を目的とする企業、とりわけ大企業が売手または買手である場合には、これを経済合理性に裏づけられたホモ・エコノミクスと性格規定することも誤りではなかろう。しかし、これを消費者大衆にまで及ぼし、人間たる一般消費者に特有な非合理的な行動、利他主義的行為が一切考えられないとすることは現実に反するし、これらを考慮しないことは理論モデルとしての有効性にかかわることになる。

以上は消費者余剰という狭隘な把握によって重要な消費者の権利・利益が排除されるということ、少なくともその危険性が看過され得ないという問題であった。しかし、生産者余剰と消費者余剰を通約可能なものとみる見方にはそれにとどまらない問題が潜んでいる。端的にいえば、それは企業利潤と一般消費者の生存・生活にかかわる利益という質的に異なるものを共通の土台の上で差引計算するということである。一方は営利追求の結果たる利潤であり、他方は消費者が生存・生活という目的・観点から行った商品・サービスの評価に基づいて計測された価額である。生産者、とりわけ巨大企業法人と一般消費者とを経済社会の中で構造的に位置づけず、両者の利益を定性的に把握しないことから生じる問題

といえよう。

「富の最大化原理」の第二の問題点は、ある行為や制度によって社会的総余剰がわずかでも増加すれば、そのことの方を分配の不平等や個人の権利侵害より重視するという点で（近代経済学と結合した）功利主義一般の問題を免れていないということである。功利主義については、平均的功利主義、ルール功利主義など、さまざまなヴァリエーションがあるが、ここでは古典的功利主義について Sidgwick の定義にしたがって、主要な制度が社会に属するすべての個人にわたって合計された満足の高を最大化するように取り決められている場合に、社会は正しく秩序づけられており、したがって正義にかなうとみるものとしておこう<sup>24</sup>。功利主義の難点としては、①個人の多様性や独自性の無視、②個人ないし少数者を社会全体ないし多数者の利益のために犠牲にすることの正当化、③人々が現に抱いている欲求・選好の無批判的肯定、④個人の欲求・選好の数量化による測定や幸福の個人間比較の可能性への疑問、⑤人々の欲求・選好や行為・制度の結果についての完全な知識を得ることの困難、⑥社会の全体主義的・効率的な管理システムへの転化による個人の自由の破壊等が指摘されてきた<sup>25</sup>。ただし、これらが古典的功利主義の問題なのか、近代経済学と結合した功利主義あるいは古典的功利主義と明確に一線を画した「現代功利主義」の問題なのかは、議論の余地のあるところであるが<sup>26</sup>、この点にはこれ以上深入りできない。ともあれ、③は二で全面的商品化との関連で述べた問題点であり、④は三（三）で第一の問題点として指摘した事柄である。ここで取り上げたいのは②である。

図2でみたように、生産者余剰と消費者余剰の増減を差引き計算し、総余剰が増加していれば、その行為や制度を望ましいものと考え、かつまた規範的にも肯定するというのは、一方の余剰のより大きな増大によって他方の余剰のより小さな減少を容認することであるが、少なくとも生産者の余剰の増大において消費者の余剰の減少を肯定することを含みうるであって、その限りで後者が前者の犠牲とされることを容認するものである。この点は、経済社会の構成員を構造的、定性的に把握し、いかなる者の利益によっても侵害され得ない人権、権利を構成しようとする立場からは、到底、同意できない考え方である。

しかし、一層の注意を要するのは次のような点である。一般に功利主義は、多数者の功利、利益のために少数者の権利、利益が犠牲にされることをも社会全体の利益の総和の名において容認するものであるとされてきたが、「富の最大化原理」には、それ以上の問題性が潜んでいる。それは、「富の最大化原理」が社会的集計のベースを個々の経済主体の数ではなく、余剰の大きさにおく結果、少数者（例えば一企業）の利益の大きさによって、

多数者（例えば消費者大衆）の権利が侵害されることをも理論的には容認することになるという点である（単独メーカーによる再販を分析した図2参照）。従来、あまり指摘されていないように思われるだけに、強調しておきたい。

おわりに

第二臨調以来、日本の規制緩和は経済界の要請と外圧によって推進され、その内容を規定されてきた。第二臨調および行革審の答申、平岩レポート、行革委意見と進行するにつれて、自由競争、自己責任、自助・自立、小さな政府といった原理が次第に鮮明に主張されてきていることが看取される。こうした日本の規制緩和を促すイデオロギーあるいは規制緩和を正当化する理論を辿ってみると、新自由主義・新保守主義あるいは新古典派経済学に行き着くように思われる。

自由主義の復権をもくろむ新自由主義諸学派のうち、自由市場、限定された国家、個人主義という基本原理を最も徹底して追究するアメリカのシカゴ学派に焦点を合わせるならば、経済学のシカゴ学派の影響を受けた「法と経済学」あるいは反トラスト法のシカゴ学派の代表的理論家であるR. Posnerの理論には、売手と買手が自由に合意する限り、あらゆるモノを商品として取引してよいという全面的商品化、市場帝国主義という傾向がみられること、行為や制度の望ましさを判断基準として、あるいは規範的基準として「富の最大化原理」を提示することという特徴が認められる。

しかし、前者は道徳的直観に反する場合が多いのみならず、個々の商品化候補ごとに多くの法的問題を生み出すし、後者に関しては、消費者余剰という把握によって一般消費者の権利・利益のうち重要な部分が削ぎ落とされ、企業利潤と一般消費者の生存・生活に関わる利益とが共通の基盤の上で差引き計算されるという問題点、あるいは社会的総余剰の増加を分配の不平等や個人の権利侵害より重視する（近代経済学と結合した）功利主義の問題点を理論の根底的なレベルにおいて免れ難いものといわざるをえないのである。

---

<sup>1</sup> 朝日新聞一九九六年一月六日付。

<sup>2</sup> 一九九六年一月一四日付け日本経済新聞および朝日新聞。

<sup>3</sup> 一九九六年一〇月一八日付け日本経済新聞および朝日新聞。

<sup>4</sup> 日本における規制緩和に関しては、正田彬「規制緩和と国民生活」ジュリスト一〇四

---

四号（一九九四）、宮坂富之助「規制緩和と消費者」経済法学会年報一六号（一九九五）、本間重紀「規制緩和の基本的考え方」ジュリスト一〇四四号、同「日本的企業社会・国家の再編と民主主義法学」、飯田泰雄「規制緩和と競争政策」（以上、法の科学二四号（一九九六））などを参照。

<sup>5</sup> 第二臨調は三次にわたる答申を行ったが、このうち三公社の民営化、特殊法人の組織・経営の改善等を提言した第三次答申が最も本格的で重要である。規制緩和—当時のより一般的な呼称に従えば、許認可等の整理合理化—は、第二次答申において取上げられ、一般国民の日常生活を対象としたもの、国際経済的見地から早急な対応を要するもの（輸入検査）、国民経済的見地から対応を要するもの（電源開発立地に関する関連許認可、データ通信規制）、民間活力に委ねるのが適当なもの（輸出検査、建築検査など）、民間等からの改善要望が多いもの（バス停留所の位置の変更の認可など）等について提言がなされた（「行政改革に関する第二次答申—許認可等の整理合理化」（一九八二年二月一〇日）の「第二 当面の整理合理化事項」）。

<sup>6</sup> 臨時行政改革推進審議会「公的規制の緩和等に関する答申」（一九八八年一二月一日）

<sup>7</sup> 経済改革研究会「規制緩和について（中間報告）」（一九九三年一月八日）、「経済改革について（最終報告）」（一九九三年一二月一六日）

<sup>8</sup> 一九九五年三月 日付けの各紙参照。当初5ヵ年計画であった規制緩和推進計画は、外圧により公表後直ちに3年で達成するよう変更を余儀なくされた。なお、同計画は毎年、見直しがなされており、一九九六年三月二十九日に第一回目の改定が行われた（その内容については、総務庁編『規制緩和推進の現況（平成八年版）』資料編・九五頁以下（一九九六）を参照）。

<sup>9</sup> 一般消費者の実質的参加がないことについて、吉田省三「独禁政策の変化と規制改革」中小商工業研究四一号（一九九四）を参照。また、国民の代表機関である議会の外に、職能団体を中心に構成される政策決定機構をつくり、そこにおいて重要な政策決定を行う事態がネオ・コーポラティズムであるとされるが、日本においては財界と官僚の代表が強力であり（とりわけ前者）、労働者の代表は名目にすぎず、一般消費者の参加も実現しているとは言い難い。なお、ネオ・コーポラティズムに関しては、拙稿「公的規制の緩和と法—自動車運送事業規制を素材として—」法経論集六二号（一九八九）四一頁の注九に掲げた文献を参照されたい。

---

<sup>10</sup> 行政改革委員会は「許可、認可等行政の各般にわたる民間活動に係る規制の改善の推進に関する事項」につき政府の施策の実施状況を監視するとともに、独自の調査審議の結果に基づき内閣総理大臣に意見を述べることをされている(行政改革委員会設置法二条)。同委員会は、すでに「規制緩和の推進に関する意見(第一次)―光り輝く国をめざして―」(一九九五年一二月一四日)を公表し、総論部分では従来よりも一層露骨に自由市場、自己責任、自助・自立を強調し、各論については土地・住宅、情報・通信、流通、農水産物、運輸、金融・証券・保険、雇用・労働、医療・福祉、競争政策、法務、基準・認証、輸入手続、保安等に関して規制を緩和すべき具体的事項を指摘している。そこでは医療法により現在では禁止されている営利法人による病院経営や農地法上の農業生産法人の組織形態として株式会社を加えること等、一層踏み込んだ規制緩和措置の提言がなされている。

概して、平岩レポート以後、規制緩和の一つの焦点が労働・安全・健康・環境などの確保を目的とするいわゆる社会的規制の分野に絞られてきたという感を否めない。社会的規制の対象分野は経済合理性に親しまず、競争の妥当しない領域であるとされてきたにもかかわらず、近年ではこうした「常識」が覆されつつあるように思われる。例えば、社会的規制研究会編『これからの社会的規制』(一九九六)は、社会的規制の行われる経済学的根拠、時代背景、規制方式を検討した上で「ある対策(規制)の採用は、リスクアセスメントの結果、その安全対策によるリスク減少が必要となるコスト以上である場合に、正当化される」(五一頁)として「コスト・ベネフィット感覚」の重要性を説き、万一の被害に対しては保険の活用と事後救済を推奨する(五二頁以下、七五頁以下)。

しかし、生命・安全・健康といった基本的価値は、一旦失われれば事後に救済され得ないものであって(金銭による賠償は、本来的意味においては損害を償わない)、だからこそ事後的・司法的救済では足りず、事前の行政による予防が不可欠なのであるというのは常識に属すると思われる(鈴木深雪「安全性確保のための規制の緩和と消費者」、経済法学会年報一六号六二頁以下(一九九五)参照)。それにもかかわらず、こうした分野にまでコスト・ベネフィット分析を及ぼそうという事態は、まさに市場イデオロギーの拡張・膨張、すなわち市場帝国主義と呼ぶにふさわしい傾向を帯有するといわざるをえない。

<sup>11</sup> 新自由主義とは、一九七〇年代以降、幾つかのいわゆる先進資本主義諸国で支配的となった、個人の自由の極大化と経済的繁栄のために市場メカニズムを最大限に発揮させるべきだとする思想であり、その中核的原理は自由市場、限定された国家(limited state)、競争的

---

個人主義 (competitive individualism) である (D.S.King, THE NEW RIGHT— POLITICS, MARKETS AND CITIZENSHIP 9—11(1987))。これに対し新保守主義は、ニューライトの社会的道徳的側面にかかわり、そのエートスは伝統、特に中世的伝統であり、共同体、血族、ヒエラルヒー、権威、宗教といった価値を重視するとされる。なお、King の著書に関しては、静岡大学人文学部の桐谷仁助教授からその存在を教えられた。以上の周辺の議論に関しては、拙稿「アメリカ反トラスト法と新自由主義・シカゴ学派」(宮坂富之助教授還暦記念論文集『国家・経済・法の現代理論』所収(仮題・近刊予定))の「— ケインズ主義的福祉国家の危機」を参照していただければ幸いである。

<sup>12</sup> 「全面的商品化 (universal commodification)」という把握は、Radin, Market-Inalienability, 100 Harv. L.Rev.1849,1859(1987)による (M.J.Radin 理論に関しては、拙稿「人格・財産・市場と法」法経論集七五・六号) (一九九六) 参照)。

<sup>13</sup> 「法と経済学」とは、極めて一般的にいえば近代経済学を法律学の各分野・領域に適用・応用して、行為や制度の存在理由を説明し、あるいは進んで「望ましい」政策の提言や法解釈の方向を打ち出す学問のことである。最近のコンパクトな教科書としては、J.L.Harrison, LAW AND ECONOMICS(1995)がある (著者は近年の批判を意識してか、法の経済分析という伝統的な応用は単純な実験であり、それ以上のものが法と経済学には必要だとする立場をとる)。

日本語文献としては、ロバート・D・クーター、トーマス・S・ユーレン(大田勝造訳)『法と経済学』(1990)、マーク・ラムザイヤー『法と経済学—日本法の経済分析—』(1990)、小林秀之・神田秀樹『「法と経済学」入門』(1986)、J.M.オリバー『法と経済学入門』(1986)、A.M.ポリンスキー『入門 法と経済学』(1983)等を参照。

<sup>14</sup> R.A.Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (4<sup>th</sup> ed.,1992). 本書は、「法と経済学」の代表的なテキストであり、R.Coase の著名な論文「社会的費用の問題」よりも法律家に与えた衝撃ははるかに大きかったという (J.L.Harrison, *supra* note 13, at 1-2.)

<sup>15</sup> R.A.Posner, *supra.*, note 14, at 149—154.

<sup>16</sup> 小林秀之・神田秀樹『「法と経済学」入門』八四頁以下参照 (1986)。

<sup>17</sup> 日本経済新聞一九九五年四月二六日(夕刊)。また朝日新聞一九九六年一月一三日付け(夕刊)の米本昌平「CO2 排出枠を売買する日」も参照。

<sup>18</sup> R・Posner (馬場孝一・国武輝久監訳)『正義の経済学』(一九九一)九四頁以下。

---

<sup>19</sup> 同書、九八頁以下。なお、川浜昇「法と経済学」、田中成明『現代理論法学入門』一七八頁以下（一九九三）も参照。

<sup>20</sup> 本文の以下の議論は R.H.Bork 教授の主張(Bork, Resale Price Maintenance and Consumer Welfare, 77 Yale L.J.950(1968); Id., THE ANTITRUST PRADOX - A POLICY AT WAR WITH ITSELF- 90(1978))に対する Comanor 教授の批判に基づいている (Comanor, Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, 98 Harv. L.Rev.983 (1985) )。しかし、再販に関する Posner の議論は基本的に Bork のそれと同じであり、Comanor の批判は Posner に対しても当てはまる。Posner の見解については、Posner, The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution : Per Se Legality, 48 U.Chi. L. Rev.6 (1981).を参照。なお、Comanor の示す図 2 については、同志社大学経済学部久保徳次郎助教授から教示を受けた。ただし、ありうべき誤謬や説明不足は筆者の責めに帰すべきものである。

<sup>21</sup> 反トラスト法のシカゴ学派の単独メーカー主導による再販の目的に関する議論は、Telser, Why Should Manufactures Want Fair Trade?, 3 J.L.& Econ.86(1960)に依拠している。しかし、このいわゆる「ディーラーサービス理論」に関しては、Telser 教授自身がこの理論が妥当するのは消費者大衆になじみのない商品、販売店の推奨に消費者が著しく依存する商品などに関する販売前サービスであって、それ以外（例えば右以外の商品に関する販売後サービスなど）には妥当しないことを黙示的に認めていたのだから、シカゴ学派の援用は Telser の理論を不当に拡張するものである。詳細は、拙稿「垂直的価格制限と日米の独禁法」経済法学会年報一五号九六―七頁（一九九四）を参照。

<sup>22</sup> 拙稿「アメリカ反トラスト法と新自由主義・シカゴ学派」（前掲・宮坂還暦記念論文集所収予定）の「四 シカゴ学派と反トラスト法理論」。

<sup>23</sup> 正田彬『消費者の権利』七頁以下参照(一九七二)。

<sup>24</sup> J.ロールズ（矢島欽次監訳）『正義論』十七頁（一九九四年版）。ロールズについては、森平明彦「自立的主体と経済規制」作新経営論集二号（一九九三）、伊藤恭彦「欧米左翼によるロールズ『正義論』批判（上）（中）（下）」法経研究四〇巻三・四号―四二巻二号（一九九二―四）、「ロールズと福祉国家」法経研究三九巻三号（一九九〇）、「ジョン・ロールズの正義の原理と制度論（一）（二）（三・完）」大阪市立大学法学雑誌三五巻二号―三六巻二号（一九八八―九）を参照した。

<sup>25</sup> 田中成明『現代法理論』一九七頁（一九八四）。



---

<sup>26</sup> A.セン（大庭健・川本隆史訳）『合理的な愚か者』（一九八九）二六五頁以下の訳者解説において、大庭教授は(古典的)功利主義の（近代)経済学との「不幸な婚姻」を嘆き、川本隆史『現代倫理学の冒険』（一九九五）一三頁以下では、G・E・ムーアの登場以後の英語圏の倫理学者にあっては古典的功利主義が持っていた社会的広がりや現状批判の力が骨抜きになってしまったとされる。

いわゆる先進資本主義諸国で進行中の規制緩和は、旧ソ連・東欧における社会主義の崩壊後、現代資本主義が一層露骨に自らに対する拘束を撤廃、緩和させようとする契機を含んでいると考えられる。本稿では、一九八〇年代以降、日本でも行われてきており、現在も継続中である政府規制緩和のイデオロギー的、理論的源流が新自由主義・新保守主義や新古典派経済学にあると捉え、その法学への投影としての「法と経済学」や反トラスト法のシカゴ学派の理論的な問題点を明らかにした上で、これに対する対抗・代替理論として、戦後日本の民科・経済法理論と英米の現代社会正義論をふまえて、社会正義にかなった経済制度とそこにおける権利論のあり方を論ずることとしたい。本稿の最終目的は以上のとおりであるが、これを完全な形で提示することは現時点では困難であり、対抗理論の概略を試論的に示すにとどめざるをえない。

\*

本稿は、新自由主義・新保守主義的国家改革戦略に対する批判を前提として、これに対抗・代替する民主主義的法戦略をどのように構想するかという課題に理論的視角からアプローチしようというものである。従って、本稿の前提となる新自由主義的競争論の批判的検討の部分は要約的にしか触れず（一）、対抗理論をどう練り上げるかに本稿の力点をおきたい（二、三、四）。前提たる批判について詳細は、注6と8に掲げた拙稿を参照していただければ幸いである。

#### 一 規制緩和と新自由主義

##### 1 日本における規制緩和

第二次臨時行政調査会以来の「消費者なきコーポラティズム」政策決定機構の答申や報告に基づき、政府は一九九三年九月の「緊急経済対策」以降、極めて多数の規制緩和の具体的措置を決定し、行政改革委員会の監視の下、現在も規制緩和推進計画を実行中である。

日本における規制緩和の背景には、外国企業による市場参入の障壁となる規制の緩和要求や国際的な競争圧力の激化とも関係して、日本企業による経済活動の自由に対する制限の撤廃・縮減の要求あるいはエネルギー、物流、通信などインフラストラクチャー部門に対するコストパフォーマンス向上の要請などがあると考えられる。日本の規制緩和を推進

し、その内容を規定してきた最も重要な勢力が財界と外圧（外国企業、外国政府）であるというのはいままでのないが、規制緩和を推進し、正当化するイデオロギーや理論についてみれば、八〇年代以降のさまざまな答申、報告、意見などにおいて徐々に鮮明となってきた支配的価値は、自由市場、自己責任、自助・自立、小さな政府等であって、新自由主義・新保守主義の色彩が極めて濃厚な内容となっている。

## 2 新自由主義的競争論

一九九五年の民科法律部会の学術総会においても、新自由主義・新保守主義的な改革構想に対する批判がなされているから<sup>1</sup>、本稿は同様な指摘の繰返しを避けるという趣旨で、理論をそれがもたらす結果から批判するというより、むしろ理論それ自体に内在する問題点を剔出し、これを批判するという方法を取りたい。また批判の対象については、自由主義の復権をもくろむ新自由主義は、フライブルク学派やオーストリア学派などヨーロッパにも見られるが、その基本的原理である自由市場、限定された国家 (limited state)、個人主義を最も徹底して追及するのは、アメリカのシカゴ学派であると考えられるところから、経済学のシカゴ学派の影響下にあるとされる「法と経済学 (Law & Economics)」あるいは反トラスト法におけるシカゴ学派の理論、具体的には Richard Posner のそれを取上げたい<sup>2</sup>。

さて、独占資本主義下の市場めぐる法制度は「自由と規制」が伸長と縮減を繰り返す歴史であり、自由競争のイデオロギーと規制のイデオロギーが角逐しあってきたと捉えることも可能である。このような観点からみると Posner 理論の特徴であると同時に問題点は、①売手と買手が自由に合意する限り、あらゆるモノを商品として取引してよいという「全面的商品化 (universal commodification)」ないし「市場帝国主義 (market imperialism)」という傾向を有すること、および②行為や制度の「望ましさ」の判断基準として、あるいは規範的評価基準として「富の最大化原理」を提示することにある。

## 3 「法と経済学」と全面的商品化

不法行為法や独占禁止法にとどまらず、「法と経済学」は、現在、法律学のあらゆる分野に適用領域を拡大しつつあるようにみえる。特に Posner は『法の経済分析』なる著書の中で財産法、契約法、家族法、不法行為法、刑法、独占禁止法、労働法、政府規制産業に関する法、会社法、税法、民事および刑事訴訟法、行政法、憲法など、ほとんどすべてといってもよいほど広範な法領域に経済分析を及ぼし、その過程で現存する諸問題の解決策として市場制度の利用を提言ないし示唆する<sup>3</sup>。ここでは、しばしば極端な商品化の例として

取上げられる「嬰兒の商品化」についてみてみよう。

家族法の分野において、Posner は養子縁組を論じ、アメリカでは養子を欲する人が子を養子に出す人に比べて相対的に多い、つまり子供の養子縁組について需要と供給が不均衡であるという。そこで「妊娠能力はあるが養育する意思のない人と養育したいと願いながらも妊娠能力のない人が存在するという事実は嬰兒の市場を示唆する」。アメリカでは州によって認可された私的な非営利機関が養子縁組をあっせんしているが、しかし、Posner によれば、こうした非営利機関は市場取引が許された場合に成立するであろう市場価格よりも低く費用（養子縁組の際に養親があっせん機関に支払う）を規制しているため、「供給」が抑制され、その結果、超過需要を満たそうとしてブラックマーケットが発生するが、そこでは嬰兒の価格は市場価格よりも高く、供給数量も少ないから、買手は市場取引が合法化された場合よりも著しく不利な条件に甘んじなければならない。以上のような理由で、Posner は嬰兒の市場取引の合法化を示唆する<sup>4</sup>。

「法と経済学」の商品化提案はこれにとどまらない。例えば、身体の一部（臓器、角膜、血液）、代理母など身体を用いた役務、公害排出権、選挙権などが商品化候補としてしばしば挙げられ、これらうちの一部は、国によっては既に商品化が実現している。なぜ「法と経済学」は、道徳的直観に反するものを含む、こうした商品化が望ましいと考えるのか。それが「富の最大化原理」の問題である。

#### 4 「富の最大化原理」

Posner にとってある行為や制度が社会的にみて望ましいか、また立法政策上あるいは法解釈上、肯定的に評価しうるか否かは、それによって富が増大するかどうか、すなわち社会的総余剰の増減に依存する。この場合、Posner は他者の余剰を減少させないで、ある者の余剰を増大させるパレート改善の場合だけが「望ましい」とするのではない。例えば総余剰の構成要素である生産者余剰（売手余剰）と消費者余剰（買手余剰）の増減を比較し、一方の増大が他方の減少を補償してなお残余余剰がある場合も「望ましい」とする<sup>5</sup>。その結果、生産者余剰の増大が消費者余剰の減少より大きい場合にも、その行為や制度は望ましく、規範的にも肯定される<sup>6</sup>。ただし、市場または規制制度の下で被った損失の現実の補償が必要かどうかについては、Posner は極めて消極的で、その理由は富くじのように損得が事前に分からない状況でそれを購入するものは損失の可能性に事前に合意したとみることができること、あるいは競争者の出現によって利益を失った企業家も当初の期待収入に損失の危険をカバーするプレミアムを含むから、事前に損失が補償されていることをあげる<sup>7</sup>。

以上のような「富の最大化原理」の問題点はどこにあるのだろうか。理論内在的な、あるいはより根源的・基礎理論的な観点からみると<sup>8</sup>、富の最大化＝社会的総余剰の原理には、①売手と買手、とくに生産者と一般消費者大衆の余剰を通約可能なものとみ、これを定量的に差引き計算すること、②その前提として両者を極めて安易に等質の主体であると想定するとともに、消費者の規定を「経済人としての消費者」に限定すること、③一般に、多数者の効用・利益によって少数者の権利・利益が侵害されることを社会全体の利益の名において容認するが功利主義の問題点の一つだとされるが、Posner の区別にもかかわらず、富の最大化原理は、(あらゆる効用ではなく余剰を問題にするとはいえ、) ある行為や制度の変更等によって総余剰がわずかでも増加すれば、そのことの方を分配の著しい不平等や個人の権利侵害よりも重視するという点で(近代経済学と結合した)功利主義の難点を免れていないこと、さらに、④富の最大化原理は、社会的集計のベースを主体の数ではなく、余剰の大きさにおく結果、少数者、例えば一企業の経済的利益の大きさによって、多数者、例えば消費者大衆の権利が侵害されることをも理論的には容認する結果となるという問題点を抱えるものである。

## 二 戦後の民科・経済法理論

さて、Posner 理論をはじめとする新自由主義的競争論の問題点を右のように捉えたと、これへの対抗・代替理論をどのように構成することができるであろうか。この問題を検討するために、まず戦後日本の民科・経済法理論をその競争論、法主体論、権利論、認識論および法改革論の側面について振り返ってみたい。

### 1 競争論

まず、競争なるものの意義や位置づけをどのように考えてきたかについてみると、正田理論においては独禁法によって維持しようとする競争とは経済的従属者の実質的平等への権利という目的を確保する手段たる存在である<sup>9</sup>。すなわち、市民法にあっては各経済主体を形式的に平等に扱うだけで営利欲と競争の相反作用により実質的な平等が確保されえたが、独占資本主義段階では競争が制限・歪曲・阻害されて経済的従属関係が成立する結果、形式的な平等取扱いが実質的な不平等をもたらすことから、独占禁止法制により競争を維持することによって経済主体の取引上の地位の実質的平等を確保する必要が生じる。また丹宗理論は市場構造基準を重視する有効競争論に基づいて市場競争を維持すべきことを主張してきたが<sup>10</sup>、それは競争の維持を通じて「社会権的経済基本権」とされる「経済活動

の自由」が保障されると考えるからである。生存権や労働権と並ぶ憲法上の基本権としての「経済活動の自由」とは「取引の自由」と「競争の自由」であって、これにより中小事業者の営業の自由と消費者の権利（良質廉価の商品・サービスを購入する）を保障しようとするところに眼目がある<sup>11</sup>。以上のように正田、丹宗両理論における競争ないし競争の維持とは、非独占的経済主体の平等や基本権を確保することが期待される社会経済上の実体概念であるか、またはカルテル、トラスト等の形成を禁止し、非独占的経済主体の権利を確保するための法解釈上の道具概念である。

これに対し、本間理論にあつては競争の位置づけはやや異なるように思われる。「団結、協同、共同のための人権保障と政府規制をメインシステムとし、その上で、競争ないし市場をサブシステムとして、これを利用するという構想」<sup>12</sup>が本間理論の独占規制と人権保障のための基本構想だとすれば、そこでいう競争は社会経済上の実体概念であろうし、そこにおける競争の役割は正田、丹宗両理論より相対的に小さいように思われるからである。

いずれにせよ、これらの理論にいう競争が資源配分上の効率性をもたらすとされる新古典派経済学の競争概念と異なることは明らかである。

## 2 法主体論

次に、戦後の民科・経済法理論は経済社会の法主体を独占体・支配的資本と経済的従属者（正田）、「統制」者（カルテル、トラスト、コンツェルンなど）と「被統制者」（中小企業、消費者）（丹宗）、「特殊日本的な現代独占」と「労働を基礎とする勤労市民」（労働者、農民、商工自営業者）（本間）などと把握してきた。いずれも等質の法主体の分裂、相互の地位の非互換性を前提としているといえよう。これに対し、新古典派経済学で「生産者」余剰といい「消費者」余剰というが、これらは、それぞれ「売手余剰」、「買手余剰」の別言にすぎない。従って、ここでいう「生産者」「消費者」には、個人も法人企業も含まれるし、企業規模の大小も問題ではない。売手と買手という立場は相互互換的でありうる。

以上の対比からも明らかなように、戦後の民科・経済法理論は、独占資本主義段階にいたった経済社会を支配と従属、「自由」と不平等の内在する、いわば階級階層的に分裂した社会と捉え、当該社会構成員を構造的、关系的に把握してきたといえよう<sup>13</sup>。

## 3 権利論

法主体論と関係して民科・経済法理論は、経済社会構成員の支配と従属、利害・利益の衝突を権利論の問題として捉えてきたといつてよかろう。実質的平等への権利、対等取引権、組織化権（正田）、「社会権的経済基本権」としての「競争の自由」と「取引の自由」（丹宗）、

「生業権」(本間)などはその一例である。法主体論と関係して権利論を問題とするということは、すなわち、独占的事業者、中小企業、商工自営業者および消費者などについて、それらの独占財産、人権としての財産権、独占財産でも人権でもない財産権および生存権などの法的性格を問い、その優先関係を論じるという形で、誰のどのような権利が問題かを重視してきたということである。この点は、シカゴ学派の功利主義的な「富の最大化原理」と著しい対照をなしている。それが多数者の利益によって少数者の権利が償われるとする点で(近代経済学と結合した)功利主義一般の問題性を免れていないのみならず、一企業の余剰の大きさによって多数の消費者の権利が侵害されることをも理論的には容認するものであることは前述のとおりである。

このように民科・経済法理論は、功利主義的な利益の社会的総計を問題とする態度を必ずしも自覚的でなかったかも知れないが峻拒し、生産者、販売業者、消費者等を含むより高次の国民経済全般の利益なるものを想定し、国民経済全般の利益に反することを形式的理由として、しかし実質的には大規模事業者の利益をその他の法主体の利益より優先する態度を拒絶してきたといえよう。

#### 4 認識論

N J 研<sup>14</sup>や宮坂経済法論<sup>15</sup>の最も重要な貢献は「認識のための理論仮説」を提起し、それを踏まえて経済法学の新たな課題を設定しようとした点に求められるべきであろう。すなわち、経済法を国独資段階において、国家の経済への介入によって資本主義経済体制を維持することを目的とする経済政策を反映する法の総体と捉え、その一般的特質を「法の政策化」、「規範性の喪失」に求めた。特に従来 of 把握と異なっていたのは、国独資段階の経済政策を担保する日本の経済法は、一貫して強制カルテル法であったと戦前戦後の経済法原理の連続性を強調する点と、戦後経済法について独禁法と適用除外立法・企業集中促進立法という「二つの経済法」が同時並存、相互抗争しているのではなく、「総体として一つの経済法体制」が有機的に矛盾なく展開しているとする点、さらには独禁法も階級矛盾の隠蔽策であるとともに、先発企業の独占体や戦略産業における独占体のみの形成を許すという国家権力にフリーハンドを与えるために独禁法がむしろ必要であると把握する点などである。シカゴ学派にこうした認識論や国家論が欠落していることは明らかで、このような認識を踏まえて、N J 研や宮坂経済法論は、経済政策の手段たる経済立法の性格、役割、機能、あるいはイデオロギー批判が重要な課題であるとした<sup>16</sup>。

#### 5 法改革論

本間理論は、今日支配的な新自由主義的・新保守主義的な改革戦略の本質が社会的権力たる独占・企業の支配を自由放任し、社会法や市民法の修正領域を後退させ、社会国家の公共的機能を縮小するもので、むしろ日本的企業社会、企業国家を強化・拡大するとみた。これに対抗する下からの民主主義的な法的改革戦略を法理論および政府規制の改革についてみると、法理論については、公正・平等・生存の原理の貫徹とこれと統一的な自由の原理の強化が提唱される。すなわち、社会法的原理の拡充と労働者・農民・商工自営業者など、労働を基礎とする勤労市民の実質的自由の獲得を支援する方向を支持し、労働者の自己決定に関しても協同・団結と共存する自律・自由が強調される。

また政府規制の改革・強化に関しては、今日の国民的課題が政府規制の官僚的、独占・企業保護的、反人権的・反国民的性格を改革し、国民の権利・人権保障を具体化するために、生存・平等のための社会的規制を強化し、市場の形成・維持のための規制、独禁法による規制、中小企業の反独占的で親消費者的な機能を確保するための規制を強化し、消費者主権の確立に向けての私法的救済システムを充実することなどにあると主張した<sup>17</sup>。

### 三 現代社会正義論

新自由主義的競争論への対抗理論を検討する上で次に参考になるのではないかと考えられるのは、以下のような現代における社会的正義をめぐる議論である。周知のように、一九七一年のロールズ『正義論』を皮切りに、主として英米を中心として社会正義にかなった政治、経済、法制度とは何かについて規範的論議が行われてきているが、ここではそのうち、Posner 理論の問題点に対応する規範的正義論を検討することとしたい<sup>18</sup>。

#### 1 全面的商品化への対抗

まず、全面的商品化への対抗との関係で興味深いのは、Michael Walzer の議論である。Walzer は、財、地位、名声などの社会財を社会構成員に分配する場合、正義にかなった分配の主体、手続、基準は社会財が存在する領域ごとに異なるとして、社会保障、貨幣と商品、苦役、自由時間、教育、政治力など一一の正義の諸領域ごとに多元的な原理ないしルールを構想する（「正義とは複合的平等 (complex equality) にある」）。

本稿と関連する「貨幣と商品」領域においては「禁止・制限される交換 (blocked exchange)」のルールが存在し、人間、政治的権利、刑事的正義、言論・出版・信仰・集会の自由、徴兵、陪審といった公共的義務からの免除特権など、貨幣との交換が禁止される一四のリストが列挙されるが、Walzer は、それ以上の制限には必ずしも積極的でない。



すなわち、貨幣と商品の交換は原理的に相互利益の関係にあり、商人の成功、独占は非難するにあらず、問題は「貨幣と商品」の領域で形成された力が政治力、教育、自由時間といった他の領域に溢れ出すことを防止するために、いかにして壁を築くことができるかにあるとするにとどまる<sup>19</sup>。

## 2 市場不可譲性理論

Walzer の議論は、商品化の進行あるいは経済力その他領域への転用に対し、これをいかに防ぐかという「防壁の戦略」であるが、これに批判的なのが Radin である。Radin も全面的商品化には反対で、人格性 (personhood) とコミュニティの維持という根拠に基づいて、人の政治的見解、仕事 (work)、性、道徳的コミットメントおよび身体的属性 (personal attribute) などの自我構成的 (self-constructive) ないし自我統合的 (self-integral) なものは、市場取引を禁止または制限されねばならず、政府規制は自我構成的なものの市場不可譲性 (market-inalienability) を維持する一つ的手段であるとする。しかし、Radin が Walzer と異なるのは、非商品化 (非市場) 領域を壁によって隔離するだけでは十分でなく、より積極的に、市場領域においても見出すことの可能な非市場的側面を維持し、漸進的に拡大するという戦略をとる点である<sup>20</sup>。

ただ、市場領域における非市場的側面とは具体的に何であり、いかなる手段によってどのようにすることが、それを維持、拡大することになるのかについては、Radin は次のように述べるほか必ずしも十分な説明を行っていない。すなわち、非市場的側面を最も容易に見出すことができるのは、住居、仕事、食料、環境、教育、通信、健康、身体的完全性 (bodily integrity)、性、家族生活、政治生活などであり、例えば住居 (housing) に関しては、持家であれ借家であれ、住居が人の物理的な生存に必要だというだけでなく、それが人格の発展にとっても必要であり、それ故、家賃や賃貸借契約の解除などに対する政府規制は維持されねばならないという結論を導く<sup>21</sup>。この場合、住居に関わる非市場的側面・要素とは、人の人格的発展という非経済的、人間的要素を意味し、これを根拠に家賃規制、解約制限などを維持することがこうした側面・要素を維持することになると捉えていると思われる。

また、市場領域における非市場的側面を構成すると考えられる他の要素は、「私的財産 (personal property) 関係」である。Radin は、人と物との関係を人格と密接に結合すると客観的に判断される私的財産関係ないし人格構成的財産関係と貨幣との交換以外には意味をもたないと考えられる「代替可能財産 (fungible property) 関係」に分け<sup>22</sup>、すべての

財産関係をそれぞれを両極とするスペクトラム上に位置づけることができること、また私的財産関係の極に近い財産関係は代替可能財産関係の極に近いものよりもエンタイトルメント（権利・利益を享受する資格）において強いと考えるべきであり、現に裁判所や立法府は黙示的ではあれ、そのように判断する場合があると主張する<sup>23</sup>。このように、私的財産関係の代替可能財産関係に対する優先が市場における非市場的要素の拡大という戦略のもう一つの具体化であると考えられる<sup>24</sup>。

### 3 功利主義への対抗

次に、功利主義的な最大化原理に対する対抗・代替理論を検討する上で、参照しなければならないのは、J.Rawls の『正義論』である<sup>25</sup>。本書刊行後、左右両派から批判を受けながら、ロールズは80年代以降、かなり後退したとされるが、ここでは理論の中心となる主著『正義論』に基づいて、少なくともその当初の理論的内容を確認しておきたい。

ロールズは、周知のように個人の権利や自由が多数者の効用によって償われないことを基本的テーゼとする正義の二原理に社会の政治制度および経済制度が適合することを要求し、その「第1部・理論」では、自由かつ平等な道徳的人格が社会的協同のうちに自己の生の実現を図るために不可欠な社会的基礎財の分配を規定する主要な社会制度のあり方に関し、無知のヴェールに包まれた原初状態において、いかにして正義の二原理、すなわち第一原理である平等な基本的諸自由の原理と、第二原理である①機会の公正な平等の原理および②格差原理を選択することに合意するかが詳細に論じられる。

以下の議論との関係で注意したいことは、ロールズにおいては「平等な自由」という本間理論にいう「平等と共存する自由」という把握と親和的といえなくもない捉え方がなされていること、また、第一原理が確保しようとする平等な基本的諸自由には、個人的財産を保有する権利が含まれるが、生産手段の所有権や「自由放任説によって理解されるような契約の自由」は除外されることが日本語版修正部分で追加されたこと<sup>26</sup>、さらに、第二原理は不可避免的に生じる社会的経済的不平等が許容されるための条件を示していると考えられるが、機会の公正な平等の原理によって、人が同じ才能と能力と意欲をもつ限り、社会環境の影響（例えば、家庭環境の違いの影響）を受けることなく、同じ社会的経済的機会をもつことを確保しようとし、また格差原理によって自然環境の影響（例えば、生来の才能が社会的経済的状态に及ぼす影響）を除去しようとしていることである。

また正義論「第2部・制度」では、正義の二原理と市場経済制度の関係が次のように論じられている。すなわち、市場経済は、①平等な市民権という自由を保障する基本法（第

一原理上の基本的諸自由が憲法に具体化され、各人に平等に保障されていること)、②機会の公正な平等原則、③家族手当、病気や失業に対する特別給付、等級別所得補助といった政府によるソーシャル・ミニマムの保障という「背景となる制度 (background institutions)」に適切に囲まれるならば、(生産、資源配分、財の分配における) 効率性、職業選択の自由、平等な自由および機会の公正な平等と両立すること、経済的権力の分権化といった利点を有するから、その限りで経済制度はこれに依存してよいことが示唆される<sup>27</sup>。

このように、ロールズの正義論は、市場経済による分配の結果をひとまず尊重する手続的正義に依拠しつつも、それにとどまらず格差原理を含む正義の二原理を具体化する「背景となる制度」によって、一定の範囲内ではあれ、市場の結果に介入し、あるいは分配の補正を行う正義論であると理解することもでき、そうだとすれば、市場経済という枠組みを前提にして経済制度を考える場合に、正義にかなったそれが備えるべき最低限の条件を示す基本モデルといえよう。

#### 四 対抗理論の課題

最後に、戦後の民科・経済法理論と右にみた規範的正義論を踏まえて、新自由主義的自由競争論に対する対抗理論を、次のようなモデルで示すこととしたい。その際、ロールズのいう「背景となる制度」を確立するための政府部門の必要性については、当然の前提であることを確認するとどめ、以下では市場の外延に関わる問題と市場の内包の権利論的構造化という課題を理論モデルとして試論的に示したい。

##### 1 市場の外延の限定と市場への包摂

市場の外延の限定、すなわち商品化の禁止・制限について、まず注意すべきは、Radinが、物、サービス、権利等の自由な譲渡が禁止または制限される不可譲性には、社会保障給付の需給資格の取引禁止などを例とする「地位不可譲性 (status-inalienability)」、選挙権など権利であるとともに一種の社会的義務ともいべきものの譲渡を禁止する「コミュニティ不可譲性 (community-inalienability)」、麻薬の製造、販売の禁止といった「社会的禁止による不可譲性 (prohibition-inalienability)」、住居や労働などの完全な自由取引が制限される「市場不可譲性 (market-inalienability)」などがあり、それぞれ商品化が禁止・制限される根拠、内容、範囲は異なるという点である<sup>28</sup>。禁止・制限の内容や範囲が異なる例としては、例えば臓器は有償譲渡のみが禁止され、無償譲渡はRadinによれば推奨されるべきものであるのに対し、選挙権は有償譲渡も無償譲渡も禁止される。あるい

は麻薬は販売のみならず、生産そのものが禁止されるのに対し、電力は日本では一般電気事業者以外の者に対しては、生産は許されるものの、一般需要者に対して小売供給（販売）することは依然として認められていないこと等が挙げられる。

もう一点注意したいのは、市場不可譲性に関して Radin が商品化の全面的禁止が原則としては人格保護につながるが、しかし、非対称的力関係の存在する現実世界では、潜在的売手の経済的・社会的窮状など売買を許容する方向に作用する要因と強制の防止、ドミノ効果のおそれなど、売買を禁止する方向に作用する要因のプラグマティックな検討が必要であるとするところである。

例えば売春について Radin は、性の商品化が女性の人格を侵害し、抑圧的地位に貶めるかもしれないが、他方、その禁止は、かえって彼女が性の売手となるより悪いと信じる経済的・社会的状態にとどまることを強制することになりかねないとして、商品化を認めつつ、市場に参加しうる取引主体や取引の内容、条件等に制約を課すという「不完全な商品化 (incomplete commodification)」として律すべきだという（具体的には刑罰を科すことを廃し、同時に組織的なマーケットを作り出す資本主義的企業、中間搾取、リクルートメント、広告などを禁止するという方策を提言する<sup>29</sup>）。具体的な提言には反対論もあろうが、ともあれ、Radin は個別の問題ごとに商品化の全面的禁止、無償譲渡のみの許容、または不完全な商品化のいずれによって律すべきかを人格性とコミュニティの維持という観点からプラグマティックに検討すべきだというアプローチをとる。市場の外延の限定については、このような点を考慮しつつ、個別問題ごとに決するしかないと思われる。

以上は市場の外延をいかに限定するかという問題であるが、逆に市場への包摂が必要と考えられる場合もある。その典型は、運送事業（鉄道、バスなど）における路線サービスの廃止に関わる問題である。サービスの利用者にとっては生活路線であり、提供者にとっては不採算路線である場合がほとんどであるが、休廃止規制の緩和によって、身体障害者や老人などの「交通弱者」が生活の足を奪われ、社会参加から疎外されることは、生存、平等、自由という観点から許されず、こうした規制は維持されるべきことになる<sup>30</sup>。

## 2 市場の内包の権利論的構造化

対抗理論モデルにとって第二の課題は、市場の内包を権利論的に構造化すること、すなわち市場参加主体によって主張されるさまざまな権利を定性的に把握し、これに優先関係を設定することである。この課題について端的に述べれば、まず、市場の内部で商品、サービス等を取引する法的秩序構造の基底には、(1) 生存権、生命・健康への権利が存在す

ると考えられる。すなわち、例えば一般消費者の生命・健康を脅かすような商品・サービスは、どのような事業者によっても提供されてはならず、これは中小零細事業者の財産権にも優先する人権として位置づけることができる。次に、こうした人権を基底としてその上部に売手と買手の財産または財産権が位置づけられる。(2) 売手と買手の財産または財産権は、①人権としての財産権、③独占財産および②人権でも独占財産でもない中小企業の財産権に分けることができ、その優先関係は①、②、③の順序である。

以上の(1)生存権、生命・健康権と(2)①、②の財産権を保障し、(2)③、②の非人権的財産または財産権を制約するために、社会的規制、独占禁止法による規制、公正な競争を形成するためのものを含めた経済的規制が行われる必要がある。ただし、それは従来の規制の墨守とは異なる。この点についても、規制の独占保護的性格、官僚主義的性格、反人権的性格などが規制改革の課題として指摘されているが、こうした性格を人権擁護的、国民志向的な方向へ転換した上での規制が必要であることはいうまでもない。いずれにせよ、この場合、権利保障的規制と制限的規制は、市場参加主体、取引対象たる財、市場の過程、および市場の帰結に関するものに整理できると考えられる。以上すべてを論じる余裕はないので、以下では最も反対論の可能性の大きい市場の帰結に関する権利保障的規制(格差原理の制度化)について述べたい。社会的規制、独占禁止法による規制、経済的規制が市場参加主体、取引対象、市場過程について行われてもなお発生しうる社会的経済的不平等への対応の一例である。

### 3 格差原理の制度化

ロールズは、八〇年代以降、さまざまな批判に直面して転向かともいわれるほどに後退したとされるが、ロールズの現在の立場がどのようなものであれ、『正義論』の論理的解釈として、あるいはそれにヒントを得て、競争者間で自然的才能の成果を分配することが考えられてよい。経営者の経営の才能が、人によって異なっていることそれ自体は正義でも不正義でもないが、ロールズは、制度がそれを処理する仕方によっては不正義となりうるという。経営の才も含めて、人の生来の才能は人類共通の資産であって、それを分かち合うことを黙示的に含んだ格差原理に人々は原初状態において合意していると考えられる。天性に恵まれた人々は、敗れ去った人々の状態を改善するという条件を満たしてのみ、彼らの幸運から利得を得ることが許されるのである<sup>31</sup>。

通常、格差原理の制度化に近いと考えられるものは社会保障政策的な所得移転であり、経済法の分野でこのようなアイデアを現実化した制度を筆者は寡聞にして知らない。ここ

では社会保障政策の問題には立ち入れないが、経済法分野における制度化に簡単に触れるならば、そのような具体化の一例としては、競争の敗者の再訓練のための基金への拠出や技術援助を競争の勝者が行うことが考えられる。こうした補償的な所得移転については、Rawls『正義論』からの理論的導出可能性の面およびその現実的効果の側面からの検討が必要である。前者については不可能でないと考え<sup>32</sup>、後者の側面については西欧「福祉国家」の経験と反省をふまえることが不可欠であり、その準備がない現段階では一例として示唆するにとどめざるをえない。

おわりに

以上、市場の外延にかかわる問題と内包の権利論的構造化という課題について不十分ながら検討を加えてきた。あえていえば「平等主義的市場経済モデルの法構造」の一部を試論として示してみたということである。その内容を要約することは避けるが、最後に、このような貧しい分析にもなお欠落している二点に簡単に触れて結びにかえたい。第一に、市民、地域住民、労働者、消費者などの自主的な協同において行われる相互扶助的諸活動が理論モデルに組み込まれていないことである。国や自治体によるサービスの提供によるのも、企業の販売する商品・サービスに依存するのでもない、いわば第三の途としての自主的な協同化は、すでに協同組合活動などにおいてみられるところであって、極めて重要な選択肢であると考え<sup>33</sup>、本稿では取上げることができなかった。自由だけがあって平等でない社会も、平等だけが優勢で自由が存在しない社会も共に不十分であって、両者が共存してはじめて十分な社会編成原理たりうるとすれば、両者を繋ぎうるものとしての友愛原理に着目する理論動向が生まれてきていることを考慮すれば<sup>33</sup>、自主的協同化は一層、重要性を増しているように思われるが、これをどのように理論モデルに組み込むことができるかは将来の課題としたい。

本稿で論じられなかった第二の点は、代替理論モデルの抽象性に関わる。一般的に市場といっても資本市場、融資市場、部品取引市場、商品販売市場、技術市場、労働市場など、現実には多種多様なものがあり、どのような市場を対象とするかによって理論モデルの有効性は異なるかもしれない。あるいは日本的市場なる言葉があるとすれば、それは欧米諸国やアジア諸国の市場との偏差の存在を含意していると考えられるが、こうした差異を踏まえなければ具体的な規制のあり方は論じられないかもしれない。規制と市場の組み合わせ

せという単純<sup>34</sup>な枠組みで考えたとしても、最適な組み合わせが各国ごとに異なるということはある<sup>35</sup>。現時点ではこうした点もすべて将来の課題とするほかない。

- 1 法の科学二四号（一九九六）掲載の諸論文を参照。そこでは独占の放任、公共性の破壊、社会的規制と社会法の解体、市民法の修正領域の後退、社会的経済的不平等の拡大などをもたらすことが指摘された。
- 2 Posner を取上げるのは、日本の規制緩和が Posner の理論に基づいて、そのままの内容で行われているからではない。日本の規制緩和の理論を辿っていけば、少なくともその一つの源流として一理論から政策にいたる過程は複雑かつ遠隔的であれ—Posner などシカゴ学派に行き着くのではないかと考えられるからである。また「法と経済学」も反トラスト法のシカゴ学派も共に一枚岩ではなく、多種多様な理論家がいるが、新自由主義的競争論の問題点を浮き彫りにするために、新自由主義の基本原理に最も忠実に、かつ極端な形で定式化する論者として Posner の理論をみるという趣旨である。
- 3 R.A.Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (4<sup>th</sup> ed.,1992 ).
- 4 R.A.Posner, supra., note 14, at 149-154. 本文で嬰兒の商品化に否定的な結論を示唆したが、養子縁組の場合にもあっせん機関を介して養親・実親間で金銭の支払があるとみられなくもないことから、売買と相違ないではないかとの議論もありうる。しかし、関係が解消する場合、養子縁組については、少なくとも日本の民法では養子は縁組前の氏に復し、縁組前の戸籍に入ることになるが、売買の場合には実親に買戻されるとは限らず、より高い価格で第三者に転売されるおそれがあるから、養子縁組と売買とは異なるといわなければならない。
- 5 R・ポズナー（馬場孝一・国武輝久監訳）『正義の経済学』（一九九一）九四頁以下。
- 6 この点に関しては、縦のカルテルともいわれる単独メーカーと販売業者による再販売価格維持行為が社会的に望ましく、規範的にも「当然適法」とされるべきものであるとの Posner の主張と同趣旨の Bork（シカゴ学派を代表する他の論者の一人）の見解を例にとり、拙稿「アメリカ反トラスト法と新自由主義・シカゴ学派」、高橋・本間編『現代経済と法構造の変革』（宮坂教授還暦記念論文集・一九九七）一七五頁以下において説明と批判を試みたので、参照していただければ幸いである。
- 7 ポズナー、前掲書九八頁以下。川浜昇「法と経済学」、田中成明『現代理論法学入門』一七八頁以下（一九九三）も参照。なお法と経済学の基礎理論的批判としては、同「『法と経済学』と法解釈の関係について（1）—（4）」民商法雑誌一〇八巻六号—一〇九巻三号（一九九三）を参照。
- 8 以下の問題点の指摘に関して詳細は、拙稿「規制緩和と新自由主義的競争論」静岡大学法政研究一巻二・三・四号（平野克明先生退官記念号・一九九七年二月）の「三 反トラスト法におけるシカゴ学派における『富の最大化原理』」を参照していただければ幸いである。
- 9 正田彬『全訂独占禁止法 I』（一九八〇）一〇七頁以下。このことの解釈論的表現は、独禁法一条の目的解釈において、公正かつ自由な競争は独禁法の直接的目的に止まり、それによって達成される究極的目的として「一般消費者の利益」とそれを基底とする「国民経済の民主的で健全な発達の促進」が強調される点にみられる（同書一一四頁以下）。
- 10 丹宗昭信『独占および寡占市場構造規制の法理』（一九七六）、とくに一一二三頁。
- 11 同「経済活動の自由と独占禁止法—『営業の自由』と独占禁止法との関係をめぐる論争と関連して—」『公法と経済法の諸問題（下）』（今村退官記念論集・一九八二）一四九頁以下。
- 12 本間重紀「所有の権力とその社会的支配」法の科学一六号（一九八八）九〇頁。
- 13 戦後の民科・経済法理論は分裂した社会階級・階層に基づいて法主体を構成し、こうした観点から問題を捉えてきた。このことはシカゴ学派などとの対比では明らかに社会現実に即した理論構成であるが、他方ではジェンダーや地球環境問題など、必ずしも階級階層を前提としない問題を視野に取り入れるという点では十分でなかった。
- 14 NJ 研究会「国家独占資本主義法としての現代日本法をいかに把握するか」（一九六七）、『季刊 現代法 5 号』（一九七一）二一頁以下。
- 15 宮坂富之助『現代資本主義と経済法の展開』（一九七三）、とくに三頁以下。
- 16 規制緩和＝国家の非介入が支配的な現局面では、国独資法論の認識論レベルの有効性・妥当性が問われねばならない。この点に関して筆者は、一印象論の域を出ないが—今日においても恐慌回避策をはじめとする現代国家による介入の基幹的部分は不変であり、また国家の非介入が、旧来の介入と同様、独占資本の利益に奉仕するのであるから、こうした点では国独資法論が完全に有効性を失ったと結論づけるのは速断にすぎないように思う。
- 17 本間重紀「日本の企業社会・国家の再編と民主主義法学」法の科学二四号（一九九六）八頁以下。
- 18 正義論の他の系譜である社会心理学的正義論に属する Eckhoff や手続的正義論の Thibaut らに依拠しながら「正義性基準」を定義し、これと「効率性基準」とを法制度設計の一般的評価基準とするのが、平井宜雄『法政策学』（第二版・一九九五）である。本稿では、これらの正義論は取上げない。

- 19 M. Walzer, SPHERES OF JUSTICE 120-1, 110-2 (1983) .ウォルツァーの議論の一端は、マイケル・ウォルツァー(高橋康浩訳)「市民社会論」思想一九九六年九月号一六四頁以下にみることができる。なお、D. Miller & M. Walzer, PLURALISM, JUSTICE, AND EQUALITY (1995) においてウォルツァー理論の検討が行われているが、筆者は未見。
- 20 Radin, Justice and the Market Domain, in MARKETS AND JUSTICE 179 (J.W. Chapman & J.R. Pennock ed., 1989. NOMOS XXXI) . Radin は、自らの立場を漸進的多元主義 (evolutionary pluralism) と規定する (Radin, Market-Inalienability, 100 Harv. L. Rev. 1849, 1903. 本論文をもとに M.J. Radin, CONTESTED COMMODITIES (1996) が公刊されているが、引用は原論文から行う。) 。それは、あらゆるモノを商品として取引してよとする全面的商品化 (R. Posner) とあらゆるモノの私的所有を廃し、商品化の止揚をめざす全面的非商品化 (K. Marx) の中間に、商品化 (市場) 領域と非商品化 (非市場) 領域の共存を認めつつ (多元主義)、非商品化の方向に向かってプラグマティックに非市場的側面・要素を漸次、拡大するという戦略をとることを意味する。なお、M.J. Radin の理論に関しては、吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題 (前編)」『星野先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題(下)』(一九九六) 一一六五頁以下、森平明彦「自律的主体と経済規制法」作新経営論集二号 (一九九三) 一三頁以下、拙稿「人格・財産・市場と法」法経論集七五・六号 (一九九六) 一九頁以下を参照。
- 21 Radin, Justice and the Market Domain, in MARKETS AND JUSTICE 178-9, 184 (J.W. Chapman & J.R. Pennock ed., 1989. NOMOS XXXI) .
- 22 Radin の例示によれば、愛情を抱きあう夫婦によって所有される指輪と夫婦の関係は私的財産関係であるが、宝石商とその店頭と並ぶ指輪の関係は代替可能財産関係である (M.J. Radin, REINTERPRETING PROPERTY 53 (1993) ) .
- 23 Id., at 53, 17-8.
- 24 この点に関連して、Radin のいう私的財産関係および代替可能財産関係と従来から日本で主張されてきた財産ないし財産権区分論との関係が問題となる。生産財産と消費財産 (渡辺洋三『財産権論』(一九八五)、同「所有権の思想」井上茂編『現代法 13 現代法の思想』。ただし、天野・片岡・長谷川・藤田・渡辺編『マルクス主義法学講座 5 ブルジョア法の基礎理論』(一九八〇) の「第一章 総論」では「人権としての市民的財産権」と「制度としての資本主義的財産権」という捉え方がなされている。) 、独占財産と個人財産 (影山日出弥「『独占』と人権侵害」法律時報四四卷二号八頁、同「財産権」法律時報四一巻五号八九頁など) 、独占財産と生存財産 (宮本栄三「憲法二九条の解釈論上の再検討—生存権条項に即して—」法律時報四四卷二号二一頁) など、総じて「人権でない財産権」と「人権としての財産権」一の区別と Radin のそれを比較してみると、第一に前者 (日本の財産(権)区分論) は財産ないし財産権それ自体の性格を問題としてきたのに対し、後者 (Radin) は人と物との関係を問題としており、また第二に区別の基準については、前者は目的 (生活か利潤か) または機能 (生存保障か支配か) にあると考えられるが、後者は物が人の人格維持に必要であるという関係が認められるか否かを基準としているように思われる。第三に理論の現実的なねらいに関しては、前者は労働者、小商品生産者、農林漁業従事者、消費者などの生存や生活をその財産権の優先的保障という形で確保しようとしてきたのに対し、後者は労働者や不動産賃借人の生存生活の保障のみならず、代理母や売買春など生殖や性=ジェンダーに関わる問題において女性の人格性の尊重が重要な理論的課題とされる。前者の理論的出自が階級階層だとすれば、後者のそれは人間存在それ自体 (フェミニズム) であるといえなくもない。なお現代財産権論については、日本の憲法論における理論動向のみならず、社会主義的所有の問題も含めて検討し、「人間的所有なければ人間的存在はない」とする森英樹「現代の所有と『財産権』」公法研究五一号 (一九八九) 九〇頁以下も参照。
- 25 J. Rawls, A THEORY OF JUSTICE (1973, Oxford Paperback)、ジョン・ロールズ (矢島欽次監訳) 『正義論』(一九九四年版)。同書については、塩野谷裕一『価値理念の構造』(一九八四) 二三五頁以下、『正義論』の基になった諸論文を収めたジョン・ロールズ (田中成明編訳) 『公正としての正義』(一九七九)、田中成明「ジョン・ロールズの『公正としての正義』論」法哲学年報 (一九七二) 一六一頁以下、同「正義・自由・平等」法哲学年報 (一九七四) 六九頁以下、岩田靖夫『倫理の復権—ロールズ・ソクラテス・レヴィナス—』(一九九四)、土屋恵一郎『正義論/自由論—無縁社会日本の正義』(一九九六)、伊藤恭彦「欧米左翼によるロールズ『正義論』批判 (上・中・下)」法経研究四〇巻三・四号—四二巻二号 (一九九二—四) 等を参照。
- 26 ロールズ (矢島監訳)、前掲書四八頁。
- 27 J. Rawls, A THEORY OF JUSTICE 265-84 (1973, Oxford Paperback)、ロールズ (矢島監訳)、前掲書二〇七—二〇頁。背景となる制度を確立するために、政府は、①不当な市場支配力の形成を防止する配分部門、②完全雇用の達成をめざす安定部門、③ (福利、必需財などの) ソーシャル・ミニマムの確保を責任とする移転部門、④租税と財産権の必要な調整を通じて分配上の取り分の近似的正義を保持する分配部門、⑤公共財や公共サービスを整える交換部門などを持つかもしれないという (二一三—二二〇頁) 。
- 28 Radin, Market-Inalienability, 100 Harv. L. Rev. 1849, 1854.



- 
- <sup>29</sup> Id., at 1921-5. 前掲拙稿「「人格・財産・市場と法」二四一六頁。
- <sup>30</sup> 拙稿「公的規制の緩和と法—自動車運送事業規制を素材として—」法経論集六二号(一九八九)。
- <sup>31</sup> J.Rawls, A THEORY OF JUSTICE 101-2(1973, Oxford Paperback)J. ロールズ『正義論』(一九九四年版)七七—八頁。
- <sup>32</sup> 塩野谷・前掲書三四五頁以下、岩田・前掲書三三頁以下。
- <sup>33</sup> さしあたり、石井伸男「『自由・平等・友愛』と協同社会主義」、後藤道夫編『ラディカルに哲学する 5 新たな社会への基礎イメージ』(一九九五)一三五頁以下、本間重紀「日本的企業社会・企業国家の法的改革・再論」、高橋・本間編『現代経済と法構造の変革』(一九九七)一一二頁以下およびこれらに引用されている文献を参照。
- <sup>34</sup>
- <sup>35</sup> 従って、世界各国の規制を一律に統一・平準化しようというハーモナイゼーション論は極めて形式的な、皮相な議論というべきである。持株会社が韓国や日本においてしか禁止されておらず、欧米諸国では許容されているとの理由で、日本でも持株会社を解禁しようという論議がなされることがあるが、韓国や日本では、持株会社規制の歴史的社会的必要性が欧米諸国よりも大きいのであって、こうした社会的現実を無視した法制度のみのハーモナイゼーション論は全く意味を持たない。同様のことは、国民一人当たりの食品の摂取量が文化的社会的要因によって異なるのに、こうした差異を無視して食品添加物許容基準を世界的に統一しようというハーモナイゼーション論についてもいえる。(鈴木深雪「安全性確保のための規制の緩和と消費者」経済法学会年報一六号(一九九五)六二頁以下、近藤充代「WTO体制下のハーモナイゼーション論と消費者の健康・安全」高橋・本間編、前掲書二九五頁以下。)

はじめに

一九九五年一二月七日、行政改革委員会規制緩和小委員会は、同年三月に政府が公表した「規制緩和推進計画」の見直しに関する報告書(1)をとりまとめ、一層の規制緩和と市場競争の導入を提言した。小委員会のある委員の発言として伝えられるところによると、同委員会は、アメリカのレーガン政権、イギリスのサッチャー政権が既に行った新自由主義・新保守主義的規制緩和政策を現在、実行しつつあるのだという(2)。

ところで、新自由主義・シカゴ学派の理論あるいは「法と経済学」の理論の問題点として、売手と買手が存在する限り、あらゆるモノを商品として取引対象として良いとする「市場帝国主義」、制度や行為の規範的評価を社会的総余剰の増減にかからしめる功利主義、総和主義があることは、よく知られているといつてよかろう。筆者も別稿において新自由主義・シカゴ学派の反トラスト法理論について同様な指摘を行った(3)。

新自由主義的競争理論を批判すること自体が重要な理論的営為であることは疑いないが、それと並んで必要とされるのは、こうした理論に対していかなる対抗理論を打ち出すことが可能かということである。これは極めて困難な課題であり、容易に解答が見出せる問題ではないが、本稿は、このような意味における対抗理論を模索し、手掛かりを得るための作業の一つとして、Margaret J. Radin 教授の理論を検討することとしたい。

現在までのところ、Radin の理論は、相互に関連性を有する「市場不可譲性理論 (Market-Inalienability Theory)」と「財産の人格性理論 (Personality Theory of Property)」から成り立っており、この両者を概観した上で、これに対する批判を紹介し、あわせて Radin 理論の経済法を含むわが国法学理論にとっての意義と課題を整理してみたいと思う(4)。

## I Radin 理論

Radin の理論は、市場不可譲性理論と財産の人格理論から成り立っていると述べたが、ここでは、経済法とより直接的関係をもつと思われる前者を中心に述べ、後者については前者に関連して必要な限りで触れるにとどめることとしたい。

さて、Radin の市場不可譲性理論の位置づけは、自らが示す二つのイデオロギイである全面的商品化 (universal commodification) と全面的非商品化 (universal noncommodification) との対比において最もよく理解され得よう(5)。売手と買手が存在する限り、ありとあらゆるモノを商品として取引してよいとするのが全面的商品化であり、これに最も近接する理論が「法と経済学」あるいはいわゆる反トラスト法におけるシカゴ学派であることはいままでの間もないが、他方、あらゆるモノの私的所有を廃し、商品の止揚をめざすのが全面的非商品化であって、マルクス主義理論がこれに最も近い(6)。この中間に、商品化(市場)領域と非商品化(非市場)領域の共存を認める多元主義(pluralism)が存在する。多元主義論者にとって決定的に重要な問題は、妥当な、あるいは許容しうる市場領域(逆に言えば非市場領域)をいかに構想するかである(7)。Radin は、自らの立場を漸進的多元主義(evolutionary pluralism)と称し、非商品化の方向に向かって、現実世界をプラグマティックに見据えつつ、不完全な商品化も含めて市場不可譲の側面を拡大するという戦略を示している。注意を要するのは、Radin は市場領域と非市場領域を「カベ」によって分け、後者を前者から隔離しようとするわけではないということである。Radin は、むしろ、このような戦略が純粹に自由な市場取引が行われる巨大な領域を容認することになるとして批判的である(8)。非商品化社会への途は、私的な相互活動(private interaction)という非市場領域を市場領域から隔離することではなく、住居、仕事、食料、環境、教育、通信、健康、身体的完全性、性、家族生活、政治生活において最も容易に見出すことができる非市場的側面を市場領域の中に見据えることから始まるという(9)。以下では、市場不可譲性理論の内容に立ち入ってみることにしよう。

(1) まず、Radin のいう「市場不可譲性 (market-inalienability)」という概念について、相互に関連する次の二点の説明が必要であろう。第一に、不可譲性の前提となる分離(alienation)の概念に関してである。分離なる観念は、人(保有者)から権原、権利、属性(attribute)等が分れることであるが、Radin はこれを、移転と消滅、自発と非自発の組合せによって自発的移転(贈与、売買)、自発的消滅(権利放棄)、非自発的移転(公用収用、時効取得)および非自発的消滅(市民権剥奪)に分類し、このうち自発的移転の否定(禁止または制限)を中心に考察を進めるのである(10)。

第二に、Radin は市場不可譲性を「資格不可譲性(status-inalienability)」、「コミュニティ不可譲性(communitiy-inalienability)」、「社会的禁止による不可譲性(prohibition-inalienability)」とならんで、物、サービス、権利等の自由な譲渡が禁止

または制限される一形態と把握している(11)。それぞれの例として、資格不可譲性については社会保障給付の受給資格の不可譲性が、コミュニティ不可譲性については選挙投票権の不可譲性が、また社会的禁止の不可譲性については麻薬の製造、販売の禁止があげられる。これに対して、市場不可譲性の例として Radin があげるのは、人のアイデンティティに関わる住居、労働力などの自由な取引に対する制限である。これら様々の種類の不可譲性は、不可譲とされる対象や根拠が異なるだけでなく、不可譲性の内容も異なる。例えば投票権の譲渡は、有償譲渡だけでなく無償譲渡も禁止されるが、養子縁組（子供）や臓器の譲渡は有償譲渡のみが禁止されるに止まる(12)。

ここでは公共選択理論（Public Choice Theory）がしばしば市場レトリックにおいて取り上げる投票権売買の問題は考察の対象から除かれており、また売手と買手が存在する限り、あらゆるモノ（例えば赤ん坊(13)）を市場取引の対象として良いという極端な主張を行うシカゴ学派にとっての例外的な不可譲性（外部コスト）とも異なっていることを確認しておきたい。

（2）それでは、右のような意味における市場不可譲性の根拠は、一体、何に求められ、その正当化方法とはいかなるものであるのだろうか。Radin は、まず、市場不可譲性の根拠を「人格性（personhood）」ないし「人間的繁栄（human flourishing）」に求める(14)。ただし、ここでいう「人格」は、先行する哲学的伝統やイデオロギーに捕らわれていない点に注意しなければならない。すなわち、人格の三側面としての自由、アイデンティティ、状況（context）について、Radin は、個人が四囲の状況から切り離されて存立する主体ではなく、むしろ社会的および物理的なコンテクストとの相互関係（人と物、コミュニティおよび環境）の中においてのみ自由でありうるとし、また人の内部・主観と外部・客観の区別を排して、人の政治的見解、仕事、宗教、家族、愛情、性別、友情、利他主義、経験、英知、道徳的コミットメント、性格および身体的属性を自我構成的（self-constructive）なものとして捉える。従って、これらを人から分離し、金銭化することはできないし、自我構成的な物、サービス、権利、属性等は自由な取引の許される財ではないのであって、そのための制約は消極的自由に対するパターンリスティックな制限ではなく、むしろ積極的自由の擁護と評価されるのである。

次に、右のような意味における人格に基づく市場不可譲性のありうべき正当化方法について、Radin は、①強制の予防、②道徳的理由に基づく禁止、③ドミノ理論をあげ、それぞれを検討する(15)。①は、人が自己のアイデンティティに関わる属性、権利、所有物な

どを市場において取引しようとする場合、それが自己の置かれた社会的、経済的情况によって強制されたものではないかという疑問が生じる。例えば、臓器や角膜の売買の申込が貧困によって強いられたものではないかという疑いである。しかし、一般に潜在的売手が真に強制されたか、利他主義 (altruism) に動機づけられたかを精査することは困難であるから、こうした売買を一律に禁止すること、すなわち市場不可譲性が正当化されるという立論である。これに関して、Radin は後述する「二重の拘束」問題と関連して、こうした理由で自己のアイデンティティに関わるものの売買を一律に禁止することは、社会の富と権力の根本的な再分配なしには、かえって潜在的売手の社会的、経済的窮状を固定化し、人格の侵害、墮落をもたらすことになるであろうという (3) を参照)。また②は、例えば利他主義という道徳的な理由に基づいて、献血が持つ自己犠牲において他者の利益を図ろうという献身を売血が抑制するから血液の商品化の禁止が支持さえるというものである。しかし、Radin によれば利他主義の機会のために、非市場領域が必要であるという議論は、あまりに一般的すぎる。例えば、古着・古本の贈与、盲人への代読、実験や統計において被験者となること、身体障害者を投票所へ車で運ぶこと等は、非市場的領域に止まらねばならない必然性があるか、疑問であるという。さらに③は、自我構成的なある一部のものの商品化が同じものあるいは他の自我構成的なものの商品化につながり、ひいては市場の全面化を結果することになるから、こうしたドミノ効果を防止するために市場不可譲性が必要であるという正当化方法である。例えば子の養子縁組だけでなく「売買」をも容認すると、養子縁組においても子が市場価格によって計算され、子供の人格を著しく傷つけるから、子供の「売買」は禁止されるべきだという。こうした論議に Radin は理解を示しつつ、例えば住宅や仕事は市場価格を持つけれども、人々はそれに非金銭的な仕方で愛着を持つことができることから明らかなように、ドミノ理論もケース・バイ・ケースで評価すべきであるという。あるものが非商品形態にあることが我々にどれほど重要であるか、市場取引の容認がドミノ効果を生み、非商品形態としての存立を不可能とする危険性がどの程度あるかを検討しなければならない、と。

(3) 右のような議論は、一見、極めて抽象的な観念論に墮するという印象を与えかねないが、しかし、Radin 理論にみられる特徴は、単なる観念的理念論に終始することなく、むしろプラグマティズムを加味してとりうる最善の選択肢を追求しようとする点にある。市場不可譲性の内容ないし形態、正当化の可能性も、現実の非理念的世界の視点からも検討することが必要である、という (16)。すなわち、我々が住む現実の世界は無知、欲望、

暴力、貧困、人種差別、性差別等に満ち溢れた非理念的世界である。従って、強制の予防のために市場取引を認めないことは、貧困と抑圧にあえぐ売手から食料を購入する金を入手し、より人間的な生活につながるかもしれない機会を奪うことになりかねない。現実世界においては、売買の禁止がむしろ非道徳的でありえ、あるいはドミノ効果の危険を冒しても売買を許容せざるを得ないことがありうる。こうした文脈で Radin がしばしば言及するのが「二重の拘束 (double bind)」という問題である。例えば性の商品化は女性の人格を汚し、抑圧的な地位に貶めるかもしれないが、しかし、商品化の禁止は、彼女が性の売手となるより悪いと信じる経済的、社会的状態に止まるよう強いることを意味する場合がある。Radin によれば、このようなジレンマを緩和する方法の一つの方法が「不完全な商品化 (incomplete commodification)」一部分的市場不可譲性一である。不完全な商品化とは、Radin によれば、ある売買の対象たるモノが人の人格性と密接な関係を有する場合、そのモノは純粹に自由な商品としての性格を持ち得ないことをいうとされるが、要するに、贈与のみならず、売買をも許容しつつ、同時に市場に参加しうる取引主体や取引の内容・条件等に制約が課されることを意味する(性の不完全な商品化について、より具体的には(5)を参照)。別の例としてあげられるのは、労働と住宅である。労働は貨幣と交換に提供されるものであるが、しかし、それは人の生き甲斐でもあって金銭的評価以上のものでありうる。また住宅も市場価格を持つけれども、同時に生活の基盤としての私的な領域でもある。労働規制は、団体交渉や最低賃金の保障、労働時間制限、健康安全要件、失業保険、退職金、若年労働制限、差別禁止などを内容とし、家屋賃貸借規制は、家賃統制、一定の居住性の保障、解約制限、差別禁止などを内容としているが、こうした規制が不完全な商品性を維持しているのであり、またこれらは、労働者や家屋賃借人の人格性を考慮して、労働と住居の非市場的価値を認識し、これを維持促進しようという努力とみななければならない、という。

(4) 要するに、Radin の市場不可譲性理論の中核的主張は、①市場不可譲性が人格にとって重大な意義を有するものの非商品化にあること、②理論の世界では、市場は必ずしも廃止されないとはいえ、市場不可譲性は人格に重要なものをすべて保護しうること、③しかし、我々が生きている現実の世界では、市場不可譲性は対等でない力関係という背景において判断されねばならないこと、④現実の世界では、不完全な商品化の方が全く商品化しない場合より良い場合が時に存在すること、⑤市場不可譲性は、理論的には人間的繁栄の観点から正当化されうるが、現実の環境では時には正当化し得ない場合があることで

ある(17)。

(5) 以上の理論を具体的問題に適用すると、どのようになるか。Radin は売買春、嬰兒売買および代理母を例に分析を示す(18)。まず売買春について、Radin は次のように述べる。現在、既に性は事実上、商品化されており、売春を刑罰をもって禁止したとしても、前述した二重の拘束の故に貧しい女性の人格を傷つけるだけである。それ故、この場合には不完全な商品化を許すべきである。しかし、部分的とはいえ市場譲渡性を容認する以上、ドミノ効果が懸念されなくはないが、性の部分的商品化が非商品的性の営みを不可能または困難にするわけでもない。ただし、性のオープンマーケット化は貨幣価値で女性を評価する潜在的な危険を孕む。結局、この問題は、男女が対等な関係を有するより良き世界への進歩を排除することなく、不完全な商品化をいかに形成するかということになる。具体的には、貧しい女性の墮落を防ぎ、ブラックマーケットの危険を避けるために刑罰を科すことは廃止し、同時に性の組織的な市場を作り出す資本主義的企業、中間搾取、女性のリクルートメントおよび広告などを禁止すべきである、という。

しかし、嬰兒売買に関しては市場不可譲性が支持されるという。なぜなら、嬰兒売買は親の妊娠・分娩能力を商品化するだけでなく、嬰兒そのものを商品として扱う一性別、目の色、予想される知能指数、背の高さ等によって価格が決まる一ことになるからである。市場レトリックの非人間性に加えて嬰兒自身が選択できないことも考えあわせると、二重の拘束の問題があるとしても市場不可譲性が正当化される、とする。さらに代理母制度については、妊娠させる能力を有する男性と妊娠能力のない女性が別の女性にその男性の精子で妊娠させ、発育・出産するというケースを前提として、全面的禁止と不完全な商品化（対価関係を伴う代理母制度を一定の制限の下に容認する）を排して、市場不可譲性によって律すべきだという（対価を伴う代理母制度を禁止し、伴わないものは許容する）。それは、代理母となる女性の人種、身体的特徴、知性、運動能力等の属性によって代理母サービスの価格が決定するという意味で女性の生殖能力を商品化するのみならず、子供自身を商品化する危険性があり、また共同生活の中から親子関係の絆が生み出される養子制度があるにも拘わらず、男性の遺伝子を受け継いだ子が必要だというのは支配的な性イデオロギーに捕らわれたものであるからだという。

(6) 以上が市場不可譲性理論の大まかな内容とその適用例であるが、最初に市場不可譲性理論の位置づけを行った際、Radin は非市場領域を市場領域からカベで隔離するのではなく、市場領域の中に流れる非市場的側面を見据えることから出発することが重要である

として、より具体的には住居、仕事、食料、環境、教育、通信、健康、身体的完全性、性、家族生活、政治生活に最も容易に非市場的側面が見られるとした。こうした非市場的側面を構成する一つの要素と思われるのが、Radin のいわゆる「私的財産 (personal property) 関係」である。先に、Radin 理論は市場不可譲性理論と財産の人格理論から構成されると述べたが、ここで簡単に後者に触れておくことが必要であろう。

Radin によれば、人と物との関係は、次のような二つの財産関係を両極とする連続体の上に位置づけられるという(19)。一つは私的財産関係、すなわち人格と密接に結合すると社会的・客観的に判断される財産関係（その意味で人格構成的財産関係とも呼んでいる）であり、他は代替可能財産 (fungible property) 関係、つまり貨幣との交換以外に意味を持たないと考えられる財産関係である(20)。例えば、結婚指輪が愛情を抱き合う夫婦によって所有されている場合、それは夫婦の人格と深く結びついており、夫婦と指輪の関係は私的財産関係である。しかし、宝石商によって所有され、その店頭に並んでいる結婚指輪は貨幣との交換を目的として所有されているもので、それは代替財産関係である(21)。住宅についても同様のことがいえる。

重要なことは、私的財産関係の極に近い財産関係が、代替可能財産関係の極に近い財産関係よりも権利・利益を享受する資格 (entitlement) において強いと考えるべきであり、また現に裁判所や立法府は非明示的にはあるが、そうしつつあるという指摘である(22)。いわば、エンタイトルメントの階層構造がみられるのである（より人格に密接に結合した財産であればあるほど、エンタイトルメントは強い）。それ故、ある財産権が私的財産関係に基づくものであること（例えば家屋の賃借権）は、代替可能財産関係に基づく財産権（家主の所有権）や政府による公用収用（いかなる補償があっても）から保護を受けることができるとの一応有利な証拠 (prima facie evidence) となる、という(23)。

要するに、市場領域における非市場的側面を構成する私的財産関係（人格構成的財産関係）の尊重は、それを保護する政府規制の根拠となり得るだけでなく、暗黙のうちに裁判所による法解釈の指針となり、あるいは立法府による立法行為の原理となっているのだというのである。

## II Radin 理論に対する批判とわが国法学理論にとっての含意

以上のような Radin の理論に対して様々な批判があり得よう。例えば、市場不可譲性の



原則によって規律されるべきモノをどのように具体的に特定するか、あるいはいかに商品化が人格性を侵害するかについて、もっと理論的精緻化が必要であって、このままでは実用に耐えないといった批判(24)を向けることはたやすい。しかし、ここでは Radin 理論の方向性や政治性ないしイデオロギー性それ自体に対する批判が、市場により一層の信頼をおく立場と逆に非商品化をもっとラディカルに進めるべきだとする立場から行われているので、それをみ、最後に Radin の理論がわが国法学理論にとってどのような意味を持ちうるのか、あるいはどんな課題を提起していると考えられるかを整理しておこう。

(1) 市場を Radin よりも信奉する理論家、例えば Lane は市場批判者のターゲットが効率性、分配的不正義、人格の侵害、生活の質への影響等であるとした上で、このうちの一つを変えることは、同時に他にも影響を及ぼすことを認識すべきだという(25)。効率性、特に生産上の効率性は分配的正義に関連性を持つから、生産上の効率性を減じることは、同時に分配的正義にも重大な影響を及ぼすし、また効率性は人格と生活の質にも関連するから、効率性を減ずることは貧困の解消を遅らせ、自己の発達や文化的豊かさの享受を阻害する。さらに、貨幣の分配を変化させることは、悪くすると人間のイニシアティブや企業家的冒険心を麻痺させるから、分配的正義も効率性に影響を及ぼす。このように、他の価値・目的への影響を考慮しないで、一つの価値・目的のみを追求することは他の価値・目的を危うくするのみならず、システムの相互関連性の故に、追求しようとした価値・目的の実現をも不可能とするという。それ故、例えば家賃統制は、それが家主が住宅を賃貸する可能性に対する影響を考慮せず、専ら賃借人の権利を保護しようとするものであるが、その結果、借家供給の可能性を減少させ、むしろ賃借人の不利益を結果するものであって、支持し得ないという(26)。

Lane が指摘する今一つの問題点は、Radin を含めて市場批判者が批判の基準となるどのようなモデルを持っているかが不明だという点とかかわる。Lane は、市場批判者が持っていると思われるモデルを次のように描く。理念的または歴史的経済システムと比較して、(1) 物質主義、個人的利己主義、競争主義、交換志向性、道具主義的思考方法、一元的(価格意識的)評価および市場経験の欲望増大的性格が、(2) 経験と市場文化から学習され、(3) 地位、力、富を報酬とし、(4) 成功の条件として子孫に伝えられ、(5) 市場によって律せられる生活領域を統御すると同時に、より大きな非市場的生活領域にも浸透し、(6) そこにおける人々の行動に影響し、(7) 人格の社会的に機能する特色として内面化される(27)。以上のようなモデルと捉えた上で、Lane は物質的・経済的価値観

が人間関係を支配するようになるとか、他人を自分の富を増やすための道具とみる等の市場批判者の見方が、合衆国において行われた価値観、幸福観に関する統計調査の結果等と合致しないという。また Lane は、逆に（旧）ソ連、東欧社会主義諸国あるいは中華人民共和国のような集権的経済力を指令する集中化した権力が人格侵害の可能性がないのかを問うている(28)。

(2) 他方、よりラディカルな立場からの批判として、Schnably は、Radin の理論が現代の多くの法理論に共通する特徴、すなわち合意への本能と抗争の回避を示しているとして、次のように批判する(29)。Radin は家庭が安定的な環境の中で自己形成を可能にする場であり、人と住居の関係は人格と密接に結合した私的財産関係であって、この点に関する社会的合意を基礎として裁判所は法を解釈し、実施しているというが、家庭の社会的現実には Radin が観念的に整理したような単純に祝福できる存在であるとは限らない。Radin の議論の前提となっている家庭に対する見方は、郊外の核家族住宅には当てはまっても、シングルマザー、同性愛者の家庭には当てはまらず、あるいは家庭内暴力の横行も Radin の理論的な想定とは異なるものであろう。現代の家庭は、健全な生活の拠点であるとともに、支配と抵抗、抗争と不一致の場でもあるのだ。Radin の見方は郊外の住宅をホームレスピープルから隔離し、差別を助長することにしかならない(30)。このように、Radin のいう合意とは、社会的な力の不平等を反映しているにすぎない。彼女の理論は社会的な力が人々に様々な形で行使されている現実を是正するというより、その認識を妨げ、注意をそらせる傾向を持たざるを得ない。総じて、その理論は現状肯定的、合意志向的で変革的な社会変換理論たりえていない、と(31)。

(3) 右でみたのは、Radin 理論に対する左右両派からの外在的な批判である。本稿では議論の対質を詳細に行うことよりも、Radin 理論のわが国の法学理論にとってもつ意義、あるいは Radin 理論が経済法学に投げかける課題とは何かを整理することの方が重要と思われるから、これを行うことをもって、結びにかえたい。

Radin 理論のうち、市場不可譲性理論が、従来行われてきた交換禁止財とは何か、あるいは交換が禁止される理由・根拠は何かについて一石を投ずるものとなっていることは確かである。例えば、生命、身体の一部（臓器、角膜、血液など）、性、愛情、信仰、投票権を含む参政権、労働、代理母サービス、公害排出権などの自由な売買が禁止される（あるいは禁止されるべき）理由は、あるいはこれらの財が市場とは異なった秩序次元に属するものだという道徳的確信が介在しているか、これらの財が市場取引を継続するための主

体としての存立可能性そのものにかかわっているか、人格的生の展開のための必須の手段であるからであるとし(32)、あるいはより端的に、命の再生産そのもの、人格の存立一承認の根幹にかかわる事柄であるから(33)とされてきた。Radin は市場不可譲性の根拠を人格の尊厳とコミュニティの維持、発展に求めるが、彼女の理論的独自性は、むしろ従来必ずしも十分に検討されてこなかった、自由な売買を禁止する理念・目的を達成するための方法に焦点をあわせたことであり、そのためには交換の禁止ではなく、むしろ不完全な商品化や「贈与」（無償譲渡）のみの許容が妥当する場合があると主張する点が注目に値するといふべきであろう。

また、科学技術の驚異的な進歩に伴って、いかなる物と役務が新たな市場取引の対象となしうるかは、主として民法学の課題に属するといえようが、Radin のいう市場領域における非市場的側面の発見、あるいはそれを保護するための市場不可譲性の内容・形態、正当化に関する議論は、経済法学にとって規制根拠や規制方法など、政府規制の在り方をめぐる論議に示唆を与えるだけでなく、通常、自由市場と考えられるものにおいても人格の尊厳とコミュニティの維持という理念から自由な取引が制限される場合がありうることを示しており、これを原理とした独占禁止法解釈の可能性が問題となろう。

さらに、財産の人格理論については、Radin のいう「私的財産と代替可能財産」の区別と類似する我が国の議論としては「独占財産と個人財産」、「生産財産と消費財産」、「独占財産と生存財産」、「資本的財産と生存権的財産」等の財産区分があり、また「私的財産権」に類似する財産権概念としては「生存権的財産権」、「生業権」、「通信権」、「交通権」等がある(34)。いずれも憲法上の基本的人権として保障されるか否か、制度保障にすぎない財産権との優劣が少なくとも一つの理論的焦点になっていたと考えられるが、これら日本の財産権論と Radin 理論との概念構成上、理論目的上の異同等を検討することも課題としてありうるように思われる。

(1)行政改革委員会規制緩和委員会「光り輝く国をめざして」（平成七年一二月七日）。

(2)朝日新聞、一九九五年一二月八日。

(3)拙稿「アメリカ反トラスト法と新自由主義・シカゴ学派」、『宮坂富之助教授還暦記念論文集 国家・経済・法の現代理論（仮題）』（近刊予定）。

(4)Margaret Jane Radin は、現在、スタンフォード大学法律大学院の教授であり、財産法

(property law) の専攻者である。なお、Radin 理論については、既に、森平明彦「自立的主体と経済規制法—基礎理論に関する序説的研究—」作新経営論集二号一三頁以下（一九九三年）に紹介がなされているので、併せて参照されたい。

(5)Radin, Market-Inalienability, 100 Harv.L.Rev.1849 (1987).(以下、本論文を「MI」と略称し、引用頁または注のみを掲げる。)

(6)全面的商品化（特に R.ポズナー）と全面的非商品化（特に K.マルクス）のそれぞれの理論に関する検討については、see、Radin, MI, 1859-87.

(7)MI, at 1858.

(8)Radin, Justice and the Market Domain, in MARKETS AND JUSTICE 165-7(J.W.Chapman & J.R.Pennock ed.,1989. NOMOS X X X I). Radin がここで批判の対象としているのは Michael Walzer の議論である。Walzer は、正義とは複合的な平等 (complex equality) にあるとし、市場領域における力が他の領域（教育、自由時間、安全、名誉、公職、政治力など）に横溢することを防止しようとして、「貨幣と商品の領域を適切に囲い込む」必要性は認めるが、「商人の成功、富の独占は単純な平等には反するが、これを達成しようとするれば売買を禁止するしかないから、富の集積それ自体は非難に値しない」という (M.Walzer, SPHERES OF JUSTICE 120-1, 110-2 (1983).)。

(9)Radin, supra note 8, at 178-9. これと同様の方向がある倫理学者によっても打ち出されている。「この商品化の力を一元的に統御し、市場に代替する配分機構を構築しようと夢見ることは、もはや不可能である。そうした集権的・一元的な統御は、仮に無限の情報処理能力を仮定しても、別種の、より抑圧的な力による支配をもたらさざるをえまい。…問題は、市場の運動をコミュニカティブに馴化していくこと、…つまり均衡価格すわなちフェアで能事足れりとするのでなく、非市場的なコミュニケーションをつうじて、商品化の限界を設定し、価格形成の規範的な枠づけの方途を探り、非市場的分配の回路を新たに探ることである。」（大庭健「共生と排除の装置としての市場」、日本法哲学会編『市場の法哲学』三五頁（一九九五年））また、同「共生の強制、もしくは寛容と市場と所有」現代思想二二巻五号一三八頁以下（一九九四年）も参照。

(10)Radin, MI, 1852, n.12.

(11)MI, at 1852-55.

(12)Radin, supra note 8, at 166.

(13)R.Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 149-54 (4th ed. 1992).

(14)MI, at 1903-6. なお、本文のすぐ後に述べる人格の三側面に関する論述には伝統的イデオロギーではなく、共同体主義 (communitarianism) やバーリン流の積極的自由・消極的自由論の影響が看取される。こうした傾向、特に共同体主義の影響を感じさせるのが、MI より後に発表された前掲注 8 論文である。同論文において Radin は、「人格性とコミュニティ (personhood and community) 」という表現をしばしば用い、人々の連帯と相互関係が人間の繁栄という概念に中核的であると述べているところから、市場不可譲性の根拠を「人格の尊厳とコミュニティの維持、促進」 (Radin, supra note 8, at 187) とした方が現在の考え方に近いのかもしれない。

(15)Radin, supra note 8, at 168-75 ; MI, at 1909-14. 両論文における三つの正当化方法に関する検討は、その設例や内容が若干異なっているが、ここでは主に前者の論文に依った。

(16)MI, at 1915.

(17)MI, at 1903.

(18)MI, at 1921-36.

(19)M.J.Radin, REINTERPRETING PROPERTY 53 (1993).

(20)Id. at 2-3.

(21)Id. at 37. なお、同書 16 頁も参照。

(22)Id. at 53, 17-8.

(23)Id. at 71.

(24) 例えば、Sunstein, Disrupting Voluntary Transactions, J.W.Chapman & J.R.Pennock ed., supra note 8, at 297-8.

(25)Lane, Market Choice and Human Choice, supra note 5, at 226-8.

(26)Id. at 246.

(27)Id. at 233.

(28)Id. at 233-9.

(29)Schnably, Property and Pragmatism : A Critique of Radin's Theory of Property and Personhood, 45 Stan.L.Rev.347, 352 (1993).

(30)Id. at 366-7.

(31)Id. at 374-5, 380-2.

(32)長谷川晃「〈公正な市場〉の法」、日本法哲学学会編『市場の法哲学』一三頁（一九九五）。

(33)大庭健「共生と排除の装置としての市場」、日本法哲学会編、前掲書三四―五頁。

(34)これらの財産権区分に関しては、本間重紀「日本的独占と法律学の課題」、『法の科学』二一号一七一―二四頁参照（一九九三年）。

□

一 行政改革と規制緩和

1 一九九七年一二月三日、行政改革会議は最終報告を決定した。「自律的な個人を基礎」とする、「より自由かつ公正な社会を形成するにふさわしい」「簡素にして効率的かつ透明な政府」の実現がその目標である。翌一二月四日、行政改革委員会・規制緩和小委員会は、「大きな一歩、さらに前へ」と題する報告書（以下、「報告書」とも略称する）を公表し、「真に効率的で世界に通用する経済社会の構築」をめざすことを再確認した。ここに、橋本首相の政治公約である六大改革の一つの一応のブループリントが完成し、村山政権時代にスタートした規制緩和推進三カ年計画がひとまず完了したのである<sup>1</sup>。

行政改革が行政府の組織に関する改革だとすれば、規制緩和は行政の活動に関する改革である。政府は、簡素・効率・透明性を柱とする「二一世紀型行政システム」の名の下に、行政の機能と責任を地方自治体との関係で委譲・縮減しようとしているだけでなく（地方分権）、民間との関係でも撤廃・緩和しようとしている（規制緩和）。

本稿は、行政改革と密接に関連し、その一環としても位置づけられる規制緩和について、これまでの展開を整理した上で、規制緩和にかかわる問題点を析出し、今後を展望するという課題にアプローチしようというものである<sup>2</sup>（ただし、規制緩和は行政改革とだけでなく、経済構造、金融システム、社会保障、財政構造および教育の各改革とも密接な関係を有することは今回の報告書の分野別各論からも明らかである）。

2 この課題は二以下で追究するが、その前に行政改革会議の最終報告について、行政官庁と民間企業のインターフェイスとでもいうべき側面に一言だけ触れたい。最終報告は、中央省庁の再編成について、「官から民へ」「国から地方へ」という原則によって国家行政の機能と責任を移譲し、その上で行政全体のあり方を国際社会の環境変化、経済社会のグローバル化に対応したものとなるように、行政目的を軸に「大括り編成」とし、また「行政機能の減量（アウトソーシング）と効率化」に関しては、事務・事業の民営化、民間移譲を行うとともに、政策の企画立案機能と実施機能を分離し、実施機能については外局（実施庁）制度および独立行政法人制度を活用して、自律的・効率的な運営の徹底を図るとしている。

しかし、戦後日本の行政の最大の問題点の一つ、すなわち、行政官庁とそれが監督する業界・企業との密接かつ不明朗な関係を温床として行政活動が行われる結果、それが当該

業界の利益を著しく偏重し、市民・住民・消費者・利用者等の権利利益を等閑視するという問題には何ら解答を示していない。最終報告は、「戦後型行政の問題点」として「個別事業の利害や制約に拘束された政策企画部門の硬直性、利用者の利便を軽視した非効率な実施部門、不透明で閉鎖的な政策決定過程」等、右と完全に一致するものではないにせよ、類似の問題意識にもとづいて問題点を指摘しているだけに、それに対する解答の不在は不可思議というべきか、限界の露呈というべきであろう。極めて大づかみに言えば、要するに「中央省庁の看板の掛け替え」や単なる「行政機能の減量」ではなく、行政活動・機能の中身をどう改革するか、それを担保する行政組織をどのように構想するかが問題だったはずである<sup>3</sup>。

## 二 規制緩和の展開

1 さて、行政改革委員会・規制緩和委員会（小委員会）の報告書「大きな一歩、さらに前へ」や行政改革会議の最終報告も触れているが、政府が推進しようとしてきた規制緩和のいわば総論部分の現段階における到達点を確認しておけば、それは、①経済規制については原則自由・例外規制とし、社会的規制については必要最小限化する、②規制の透明化、国際的整合化（グローバル・スタンダード化）を図る、③事前規制型行政から事後チェック型行政に転換する、④規制の必要性、妥当性についての説明責任（アカウンタビリティ）は規制を行う行政庁の側にある、という原則によって与えられる。報告書につながる一連の規制緩和の起点は、少なくとも一九八〇年代初頭の第二次臨時行政調査会（第二臨調）にまで溯ることが可能であるから、以下では、まず、これらの原則が出てくる経緯を八〇年代初頭にまで溯って整理することから始める。

2 一九八一年に発足した第二臨調は、三公社の民営化に重点をおき、規制緩和については自動車の定期点検整備・検査、運転免許証の更新および一般旅券の発給など、国民の日常生活を対象とした行政の簡素化、許認可の整理合理化を中心として比較的軽微な緩和を提言するに止まっていた<sup>4</sup>。また、臨時行政改革推進審議会（第二次行革審）は、「公的規制」を定義し、初めて経済的規制と社会的規制の区別を導入した上で、対外不均衡の是正、市場アクセスの改善、輸出依存型産業構造から内需主導型経済構造への転換という観点から、主として経済的規制の緩和を求めた<sup>5</sup>。第二次行革審は、社会的規制に関しては「国民の生命、財産の安全の確保等を目的としており、経済的規制と同列に論ずることは適当でない」とし、また経済的規制についても自然独占性の高い産業におけるものや信用秩序の



維持という目的で行われるもののように政策的意義や必要性の高い経済的規制が存在することを一応認め、さらにリップサービスとしてであれ、中小企業を保護してきた規制の緩和については、撤退する中小企業に対して新規事業分野への進出を支援する措置の必要性を説くとともに、規制緩和に伴う配慮として雇用環境の安定のための総合的な施策を要請していた。

3 ところが、経済改革研究会報告（平岩レポート）になると、新しいビジネスチャンス、雇用拡大、商品・サービスの選択幅拡大、内外価格差縮小、景気回復といったバラ色の未来を約束する万能薬であるかのように規制緩和を描き出し、経済的規制はむろん、社会的規制も聖域としないと宣言して自己責任原則の下に最小限化するよう求めた<sup>6</sup>。さらに驚くべきことには平岩レポートでさえ「厳正運用を徹底する」としていた独占禁止法について、一九九五年三月に発表された政府の規制緩和推進計画は、株式総額保有規制(九条の二)の対象となる大規模事業会社の資本金額と純資産額の引上げとともに、制定以来、その内容について実質的な変更を受けつけなかった「経済憲法」の象徴的存在である持株会社の禁止(九条)についても解禁を決定し、法改正が九七年六月に行われる運びとなった<sup>7</sup>。

4 行政改革委員会は、「許可、認可等行政の各般にわたる民間活動に係る規制の改善の推進に関する事項」(行政改革委員会設置法二条)につき政府の施策の実施状況を監視するとともに、独自の調査審議の結果に基づき内閣総理大臣に意見を述べることを任務として設置された「民間有識者からなる、規制緩和のための第三者的な推進機関」(第三次行革審・最終答申)である。その第一次意見は「お上依存、もたれ合い、横並びといったぬるま湯の世界」から市場原理、自己責任、自助・自立、小さな政府という「厳しい中にも楽しさや活力や可能性のある世界」へ「前向きに」に飛び出すことを求めていたが<sup>8</sup>、翌年以降、トーンは、より悲壮な調子を帯びてくる。すなわち、第二次意見は「冷戦終結後の新しい世界の中、市場経済の下で世界規模の競争が激しく行われている。『企業が国を選ぶ』と言われる状況の下、自国の成長と雇用を確保するため、各国とも制度改革に懸命に取り組んでいる。我が国が国内の高コスト体質を改めず、透明で開放的な新しいシステムを築かなければ、産業としても、また市場としても競争力を失うことは避けられない<sup>9</sup>」とし、最終・第三次意見となる前掲報告書も「市場経済下での世界規模の激しい競争、そして国内の少子高齢化の急速な進行の中、我が国の前途は決して楽観できない。内外の厳しい環境の下、我が国が健全に発展していくためには、真に効率的で世界に通用する経済社会の構築、民間主体による創造的な経済活動の活性化が不可欠である<sup>10</sup>」として規制緩和の不

可避性を強調している。

以上のような諸機関の提言を受けて、政府は一九九五年以降の規制緩和推進計画だけで一二分野（土地・住宅、農水産物、情報・通信、運輸、エネルギー、法務、金融・証券・保険、流通、競争政策、医療・福祉、雇用・労働、教育）二八二三事項の規制緩和・撤廃を実施し、あるいはしようとしている<sup>11</sup>。

### 三 何を問題としなければならないか<sup>12</sup>

#### 1 規制緩和のゲネシス論と反作用論<sup>13</sup>

(1) 右にみたような規制緩和を推進し、その内容を規定してきた最も重要な勢力は、ソ連・東欧における社会主義崩壊後、資本主義が世界に蔓延する中で、国際競争圧力に従来にも増して晒されることとなった日本の支配的企業であり、日本市場への貿易・投資の一層の拡大をもくろむ欧米の多国籍企業である。「国内の高コスト体質」（第二次意見）の改善とは、なお輸出志向性の強い日本の支配的企業が国内で生産し、あるいは欧米多国籍企業が日本に事業活動の拠点を設ける場合にネックとなる原材料費、人件費、不動産の取得・利用コスト、エネルギーコスト、運送費、通信費、資金調達コスト等を全般的に引下げ、競争力の強化につなげようという意図の相当に率直な表明である。こうした淵源をもつ規制緩和措置が、土地・住宅、農水産物、情報・通信、運輸、エネルギー、金融・証券・保険、雇用・労働などの分野にみられる<sup>14</sup>。また、日本企業と欧米企業とを問わない要求として、経済的・技術的發展あるいは行政サービスの撤退・縮小により、将来にわたって需要の拡大あるいは行政の肩代わりが期待できる分野への新規参入の要請がある。通信・放送、エネルギー、金融・証券・保険、流通、病院・老人ホームといったシルバー産業への企業の進出などに関する規制緩和事項に反映しているものである<sup>15</sup>。

このように、政府の規制緩和推進計画を規定してきた最も重要な勢力が国際競争力の低下を危惧する日本企業と日本市場に重大な関心をもつ欧米企業であることは明白である。これは、見紛うべくもない事柄の本質であって、この点の認識がまずもって重要である。

(2) 規制緩和の反作用論については、官僚の面従腹背的な抵抗に注意が払われるべきである。なぜなら、規制緩和推進計画が決定され、それに基づいて法律改正あるいは基本的な行政方針の変更が行われたとしても、規制権限の維持に固執する行政官庁が様々な形で抵抗を試みる結果、規制緩和は予定され計画されたそのままの形で実現するとは限らないからである。例えば、比較的早くに新法の制定という形で実現されたトラック運送事業の参

入規制と価格規制の緩和は、トラック運送業への参入を従来の運輸大臣による免許制から許可制に、また運賃・料金を認可制から届出制にそれぞれ緩和したが（一九八九年貨物自動車運送事業法）、運輸省はトラック事業の許可に関して需給調整を行うことができなくなった代わりに、営業区域、トラックの最低保有台数、車庫、休憩施設、運行管理体制、資金計画などに関する通達を出すことによって基準に満たない参入を制限したり、運賃・料金の届出については設定・変更の三ヶ月前までに相当煩雑な原価計算書を添付するよう要求することにより原価計算書の添付が不要とされる「他のトラック運送業者が現に適用している運賃・料金」や「標準的な原価に基づき算定された」運賃・料金に誘導しようとしてきた<sup>16</sup>。行政改革委員会は、営業区域の拡大、最低保有台数の引下げ、原価計算書の添付を不要とする範囲の拡大などを求めてきているから、運輸省の抵抗が奏功するかは不明だが、いずれにせよ、規制緩和の実現過程もさまざまな屈折や歪曲に晒される以上、こうした問題をも視野に入れておく必要がある。

## 2 規制緩和の法学的問題点

ゲネシス論や反作用論は、発生の淵源たる階級意思が様々な段階をへて国家意思に転化し、それがまた種々の過程をへて実現される全プロセスの中で屈折や歪曲がありうることを否定しない。その意味では政府の規制緩和推進計画にも、それが形成され、実現される過程で当初の意図が捻じ曲げられたりズレが生じることは、むしろ織込みずみの事柄といえよう。そうだとすれば、報告書や計画の形で規制緩和措置が決定される段階の問題とそれが現実に実現される過程に含まれる問題とをゲネシス論や反作用論とは別個の観点から検討しなければならないであろう。その場合の観点は多様でありうるが、少なくとも次のような視角からの批判的吟味は欠かせないように思われる。

### (1) 決定手続の問題

一九八〇年代以降、規制緩和を提言してきた審議会、研究会、委員会などの諸機関のメンバーをみると、財界人、官僚OB、経済学者（しかも規制緩和推進派の）などがほとんどであり、少なくとも九五年以降の行革委・規制緩和小委員会の委員・参与には労働組合代表は一人しかおらず、規制緩和の利益を享受する主体であるはずの消費者代表は全く参加が認められていない<sup>17</sup>。しかも、こうした決定は国権の最高機関であり国民の代表機関である国会の外で行われており、法律の制定や改正を伴う場合には（不十分ながら）国会の審議を経ることになるが、行政官庁の行政方針の変更による規制緩和の場合には国民のコントロールを受けずに決定が行われることになる<sup>18</sup>。以上は、要するに「労働（者）

なき、消費者なきネオ・コーポラティズム」という事態の問題である。

## (2) 実体的問題

ゲネシス論や反作用論の右のような前提から、具体的に提案されてくる規制緩和措置を何らかの基準にしたがって評価・峻別する必要が認められるべきであろう。換言すれば、維持・強化すべき規制と撤廃・緩和すべき規制の区別である。次々と打ち出される規制緩和措置のすべてを肯定するか、すべてを否定するという議論をするのでなければ、分析と区別の基準をもっと明確にする必要がある。そうでないと、撤廃すべき規制が居残り、強化すべき規制が緩和されるという最悪の結果になりかねない。この基準をどう構成するかを論じたものは意外に少ないが<sup>19</sup>、試論的な私見は次のとおりである。①市民、労働者の生存権、生命・健康に対する権利などの基底的人権や②商工自営業者、農林漁業従事者、消費者等の人権としての財産権などの保障にとってプラスに作用する規制は維持・強化されるべきであり、これにマイナスに働く規制は撤廃・緩和すべきである。また、③独占財産に対する制限にプラスに作用する規制は維持・強化すべきであり、マイナスに働く規制は撤廃・緩和すべきである<sup>20</sup>。具体的規制緩和措置の評価はこれだけの大まかな基準では容易に定まらないものもあるが、この点にはこれ以上立ち入らない。

しかし、より困難な問題は、基準をどう立てるかよりも、規制緩和を実際に実施した場合、どのような事態になるのかという将来予測にこそあるのかも知れない。例えば、著作物の再販売価格維持制度（独禁法 24 条の 2）の廃止の是非をめぐって様々な意見があるが、新聞について再販制度を廃止したらどうなるか、書籍・雑誌について廃止したらどうなるか、その精確な予測は実は誰にもできないのではないかと<sup>21</sup>。ここに規制緩和の具体的措置の是非を論じる難しさがある。

けれども、規制緩和を実施した場合、ほぼ確実に予測できる企業行動のパターンは確かにある。それは、例えば規制緩和を行えば、①情報・通信、金融・証券・保険、小売業（大型店の出店）など、中長期的な需要拡大の見込める分野への新規参入は増大する、②運輸、情報通信、電気・ガスなどに典型的に見られるように、一つの産業の中で需要の稠密な部分と過疎な部分がある場合、参入・退出を自由化すれば収益性の高い前者のみに対してサービスを提供する企業があれわれ（クリームスキミング）、コストのかさむ後者から撤退しようとする傾向が生じる（不採算・生活路線の廃止）、③競争圧力に直面した企業は、雇用・就業形態を再編成しようとし、労働コスト切下げのインセンティブをもたざるをえない、等々である。このように規制緩和の結果が予測可能である場合には、一定の基準に照

らしてその是非を論じることが相対的に容易であるし、またそうしなければならない。

#### 四 展 望 — 経済グローバリズムと大競争時代のゆくえ—

村山政権下で始まった政府の規制緩和推進三カ年計画は本年三月末をもって終了する。しかし、これで規制緩和は終わったわけではなく、四月から新たな三カ年計画がスタートし、従来取り上げられた事項の「監視・深度化、残された課題の検討等を行う」「民間人主体による監視・推進」（報告書）のための機関も設置される予定である。規制緩和を推進しようという社会的勢力が衰えをみせない限り、こうした傾向は当分続くであろう。推進派が規制緩和を継続的課題として取り上げようとしているのは、三で述べたように「市場経済下で世界規模の激しい競争」に直面して、「国内の高コスト体質」の元凶ともいべき政府規制を撤廃・緩和していくしかないという認識に基づいている。しかし、本当にそうなのだろうか。本当にその途しかないのか。右の論法は、少なくとも論理的には誤りである。世界規模の激しい競争から短絡的に規制緩和につなげるのではないオルタナティブが論理的には存在するからである。

今日、日本が直面している問題は、世界が当面している問題と根を同じくしている。それは、資本主義のグローバル化という問題であって、資本主義の旧ソ連・東欧への浸透、社会主義的市場経済という名の中国の資本主義化、第三世界の開発主義などはその頭れである。市場経済というより資本主義の世界的な拡大・蔓延に伴って、不平等・格差の拡大、地球環境問題の発生、人権と民主主義と生存の危機が顕著である。資本主義のグローバル化、巨大な経済・政治力をもつ多国籍企業の影響力増大にどう対処すればよいのか。

この問いに対する解答は、右に述べた「オルタナティブ」と内容的に重なっている。オルタナティブたる戦略は多様でありうるが、一つの答えは「地球市民社会による資本主義の制御」という戦略であろう<sup>22</sup>。多国籍企業が提携や合併の戦略を取りつつあるのに対抗して、世界の市民が各国レベルおよび国際レベルで、多国籍企業の戦略に歯止めをかけるため、人権と民主主義、生存と平和、エコロジーそして平等を擁護する社会運動のネットワークを張り巡らしていくことである。もとより、抽象的な域を出ないが、こうしたネットワークの力によって各国レベルの規制改革を実現し、国際レベルの多国籍企業の規制強化につなげる途を模索していくべきであろう。

こうした途は、論理的にはありえても現実的でないと思われるかもしれない。しかし、状況によっては、論理的可能性が現実的可能性、そして現実に転じないとは限らない。そ

の状況として考えられるのは、一国の経済恐慌に端を発した世界的な大恐慌・大不況であろう。これを機に再規制（Reregulation）の時代に絶対に突入しないと誰もいえないのである<sup>23</sup>。世界的な大恐慌・大不況が到来するまで、新自由主義的な規制緩和を継続するというのはあまりにもばかばかしい。これが来る前に新しい流れを作ってゆくべきである。

行政改革委員会は「企業が国を選ぶ」時代であり、選ばれるために「効率的で世界に通用する経済社会」を構築しなければならないと述べた。しかし、企業にとって最も効率的な社会とは、人権と民主主義が無視される社会である。こうまでして企業に奉仕して何になるのであろうか。ニューヨークタイムズとの論戦でルモンド紙がいったように、問題は「市場ではなく人生である」<sup>24</sup>り、こうした価値観を共有する市民による民主主義なのであるから。

---

<sup>1</sup> ただし、行政改革の焦点の一つであった金融・財政の分離問題の決着は九八年一月まで先送りされ、また、行政改革委員会・規制緩和小委員会の著作物の再販売価格維持制度に関する意見の公表は一二月八日までずれ込んだ。

<sup>2</sup> 規制緩和に関する文献は枚挙に暇がない。規制緩和のいわば総論的・総合的問題を扱った文献のうち、本稿執筆に当たり参照しえた著書・論文は注3以下に引用したもののほか、例えば、戒能通厚「規制緩和・分権化の『構造的』文脈と都市法の論理」法律時報六九巻四号（一九九七）、西谷敏「労働法規制緩和論の総論的検討」季刊労働法一八三号（一九九七）、本間重紀「日本的企業社会・国家の再編と民主主義法学」、飯田泰雄「規制緩和と競争政策」（以上、法の科学二四号（一九九六））、米丸恒治「行政介入の手法と規制緩和」ジュリスト一〇八二号（一九九六）、宮坂富之助「規制緩和と消費者」経済法学会年報一六号（一九九五）、黒川・正田・成田・舟田「座談会・規制緩和と法の視点」ジュリスト一〇四四号（一九九四）、大島和夫「規制緩和と法律学（1）～（3）」神戸外大論叢四五巻一号～六号（一九九四）、浜川清「規制緩和政策の現段階」行財政研究二二号（一九九四）、古城誠「政府規制の緩和と適用除外制度の見直し」法律時報六六巻七号（一九九四）などである。各論については、さしあたりジュリスト一〇四四号と一〇八二号の特集を参照。

<sup>3</sup> 室井力『行政改革の法理』（一九八二）一八頁以下において、民主・公正・効率的な行

---

政のための改革が憲法の人権保障の観点から行われねばならないことがつとに強調されていたことを改めて想起すべきであろう。

<sup>4</sup> 「行政改革に関する第二次答申—許認可等の整理合理化」(一九八二年二月一〇日)の「第二当面の整理合理化事項」

<sup>5</sup> 臨時行政改革推進審議会「公的規制の緩和等に関する答申」(一九八八年一二月一日)

<sup>6</sup> 経済改革研究会「規制緩和について(中間報告)」(一九九三年一月八日)、「経済改革について(最終報告)」(一九九三年一二月一六日)

<sup>7</sup> 「規制緩和推進計画について」(一九九五年三月三十一日閣議決定)。当初五ヵ年計画であった規制緩和推進計画は、外圧により公表後直ちに三年で達成するよう変更を余儀なくされた。

<sup>8</sup> 行政改革委員会『光り輝く国をめざして』(一九九五年一二月一四日)

<sup>9</sup> 行政改革委員会『創意で造る新たな日本』(一九九六年一二月一六日)

<sup>10</sup> 行政改革委員会・規制緩和小委員会「大きな一歩、さらに前へ」(一九九七年一二月四日)

<sup>11</sup> 同前。なお、規制緩和は、政府の経済対策閣僚会議が打ち出したり(「21世紀を切りひらく緊急経済対策」一九九七年一月一八日)、首相の諮問機関である経済審議会・行動計画委員会なども提言するが(例えば、九六年一月の金融、土地・住宅、雇用・労働、医療・福祉、高度情報通信、物流の各分野に関する新たな規制緩和措置)、それらの内容は行改委の意見に示されたものと一致または類似するものも少なくない。

<sup>12</sup> 本文で取上げる論点以外に、今日行われつつある規制緩和が、推進派イデオログのいうように、本来の意味で自己責任原理と市場原理に拠って立つものか、真に公正かつ自由な競争を促進し、(偽ケインズ主義福祉国家的)国家干渉・助成を最小限化するのかという「規制緩和の虚構性」とでもいうべき問題点がある。これは前掲の戒能論文と本間論文に触発された論点であるが、ここでは取上げることができない。また、拙稿「規制緩和と新自由主義的競争論」静岡大学法政研究一卷二・三・四号(一九九七)では、規制緩和の背景をなす新自由主義的競争論の理論的問題点として富の最大化原理と全面的商品化の傾向を指摘し、「市場イデオロギーと現代社会正義論」法の科学二六号(一九九七)では、理論的視角から市場の外延の限定と内包の権利論的構造化を対抗理論の課題としたが、本稿ではより実践的問題に絞って論じることとする。

---

<sup>13</sup> ゲネシス論と反作用論については、藤田勇『法と経済の一般理論』（一九七四）六一頁以下および一三五頁以下を参照。

<sup>14</sup> ただし、内国法人たると外国法人たるとを問わず企業や財界の「高コスト体質」に対する嫌悪は、企業の生産活動に直接的に伴うコストにだけ向けられているのではなく、法人税その他の形で負担してきた農家、中小小売商、患者・高齢者などへの補助金や社会保障費のレベルダウンないし廃止の要求となつてあらわれてくる。これが財政構造改革の基本的推進力であることはいうまでもない。

<sup>15</sup> 経団連、日経連など経済団体の要望が行革委の意見や政府の規制緩和推進計画にいかんか反映されているかについて、渡辺・後藤ほか『講座・現代日本4 日本社会の対抗と構想』（一九九七）五五頁以下、とくに六八頁以下（渡辺治執筆）および西谷・前掲論文七一八頁を参照。

<sup>16</sup> 運輸省貨物流通局陸上貨物課監修『貨物自動者運送事業法の運用』（一九九一）二七頁以下、七六頁以下をみよ。

<sup>17</sup> 一般消費者の参加がないことについて、吉田省三「独禁政策の変化と規制改革」中小商工業研究四一号（一九九四）を参照。

<sup>18</sup> 内橋克人編『経済学は誰のためにあるか』（一九九七）二三九―二四〇頁。国会の審議を経る場合でも、法案は、従来のように各種審議会・研究会の報告に基づいて各省庁が作成するという基本的手続を経るのではなく、経済団体の要求を反映した行政改革委員会の意見が各省庁とその審議会・研究会等を強く拘束しつつ作成されるという手続をとる点で特徴的である（西谷・前掲論文八頁）。要するに、経済団体の要求・要望がより直截に法案作成過程に反映されることと行革委の意見が絶対的權威性を獲得したかにみえることが近年の著しい特色である。また、行政方針の変更による規制緩和も衆参両院にそれぞれ設置された「規制緩和に関する特別委員会」で審議されることが可能であったが、前者は九六年の第一三六回国会で、後者は第一三八回国会で三年ほどの短い存続期間を終えている。

<sup>19</sup> 法学分野の考え方として、規制が国民生活・消費者の生活を擁護するものか事業者の利益を擁護するものかを基本的な基準とする見解（正田彬「規制緩和と国民生活」ジュリスト一〇四四号）、参入する側を大企業と中小企業にわけ、参入を受ける市場を寡占的市場、中小企業市場、寡占・中小企業市場にわけ、その組み合わせによる成果に基づいて判断する考え方（本間重紀「規制緩和の基本的考え方」同）などがあり、また非法学的フレーム



---

ワークとしては、①開発主義的国家介入は縮小・削減、②国民経済のバランス保持のための介入は維持・充実、③福祉国家的介入（教育、医療、社会保障など）は根本的に拡充というもの（渡辺・後藤ほか、前掲書四八五頁（後藤執筆））などがある。

<sup>20</sup> 以上は、前掲・拙稿（法の科学二六号三九頁以下）において述べた「平等主義的市場経済の法構造モデル」から導かれると考えられる原則である。

<sup>21</sup> 言論・出版の自由の前提となる経済的基盤の問題についてだけみても、新聞については全国紙の一家が本州でしか発行できなくなるかもしれないし、委託販売制を採ることにより再販廃止前と何ら変わらない状態が現出するかもしれない。なお、本文で述べたことは、結果予測について判断停止もやむを得ないという主旨ではない。このような場合にも最善と考えられる資料・情報に基づき理性的な判断をする努力を尽くさなければならない。

<sup>22</sup> 昨年の民科・法律部会の学術総会全体シンポジウム「グローバリゼーションと日本国家」で行われた諸報告（とくに広渡報告）と坂本義和「相対化の時代」世界一九九七年一月号などに負っている。

<sup>23</sup> 現に、昨年来の東アジアの通貨・経済危機は、ボーダレスエコノミーの危うさを如実に示すとともに資本主義のグローバル化の制御、具体的には一危機の原因にどれほど寄与したかは不明であるが一ヘッジファンドなどの規制を要求する国際的世論を高めるかもしれない。

<sup>24</sup> 一九九七年六月二三日付朝日新聞・天声人語。

はじめに

細川元首相の私的諮問機関である経済改革研究会（座長・平岩経団連前会長）が「規制緩和について」と題する中間報告（1993年11月8日）を公表して以来、規制緩和は21世紀に向けて日本が喫緊に取り組むべき重要な政策課題としてクローズアップされてきた。最近では村山連立政権も、規制緩和推進5カ年計画を最終的に取りまとめて公表するにいたっている。むろん政府規制の緩和あるいは行財政改革は、いわゆる平岩レポート以前から第二次臨時行政調査会（第二臨調）や三次にわたる臨時行政改革推進審議会（行革審）などのネオ・コーポラティズム的政策決定機構が公表する答申においても、その実施が求められてきたところであった。細川内閣以後の規制緩和政策も、1980年代初頭以来のこうした流れの中に位置づけることができる。

しかし今回の規制緩和は、それが内外価格差の解消、ビジネスチャンスの拡大、雇用の増大、はては景気の回復という消費者・生活者、事業者、労働者、さらには日本経済全体にとってバラ色の未来につながるかのように脚色されているだけでなく、他面では規制の国際的平準化と関連して日本企業の国際的競争力の維持や産業空洞化の防止のために不可避的であるといった灰色の将来に対するいささか悲壮な悲観論によってもその必要性が強調されている点で特徴的である。さらに、アメリカやEUなどが対日貿易・投資の拡大、日本市場開放の観点からさまざまな規制の撤廃ないし緩和を要求し、日本政府がこうした外圧に一定の対外的配慮をせざるを得ないという状況をつけ加えれば、今日の規制緩和をめぐる情勢をひととおり概観したとして大過ないであろう。

近年の規制緩和論の特徴や背景については既に多くの分析が行われており、また規制緩和の可否をめぐっても論議が盛んである。筆者は、平岩レポートや行政改革推進本部・規制緩和検討委員会の意見報告、さらには政府の規制緩和推進5カ年計画には極めて重大な問題が含まれていると考えるが、本稿では以下に述べる問題にしぼって検討することとしたい。

## 1 問題の所在

平岩レポートのいま一つの特徴は、規制緩和の効果を高めるために「独占禁止法の厳正

運用を徹底する」と従来の答申より独禁法重視の姿勢を明確にしたことであろう。特に「再販売価格維持制度、個別法による適用除外カルテルは5年以内に原則廃止する。また、内外事業者についての参入制限、事業活動制限その他競争制限的行為の排除を徹底するため、事業者団体に対するガイドラインを改定する。」としている。

また行政改革推進本部・規制緩和検討委員会の意見報告も「規制緩和により競争促進が進むに伴い、行政においては、法令に根拠のない行政指導が規制に代わり多用されるとともに、民間においても違法カルテルや談合などが増加するとの懸念がある。このため、各行政庁は…独禁法に抵触する行政指導が生じないよう公正取引委員会と事前に十分調整すべきである。また、民間に対しては公正取引委員会は違法カルテルや談合についても十分な摘発を行うべきである。」と指摘している。

これらに限らず規制緩和を是とする議論にみられる特色の一つは、規制緩和によって、あるいは規制緩和後に独占的状态が生じたり、カルテルや不公正な取引方法が行われるならば、それは独占禁止法によって対処することが可能だから、これらの発生可能性は規制緩和を行うべきでないとする論拠にはならない、あるいは緩和の是非とは無関係であるというものである。このように楽観してよいかを検討することが本稿の第1の課題である。

第2の課題は、独占禁止法じたいの緩和についてである。行政改革推進本部・規制緩和検討委員会の意見報告は、独禁法適用除外の廃止、再販指定品目の取消など独禁法強化の提言とともに、純粋持株会社の解禁、大規模会社の株式保有総額制限の廃止、金融会社の株式保有制限の廃止など独禁法緩和の要求をも行うという精神分裂病的症候を示している。政府の規制緩和推進5カ年計画においても持株会社禁止の見直しと株式保有総額規制の対象となる大規模会社の資本金額、純資産額の引上げを決定した。本稿は、このうち純粋持株会社の解禁について簡単ながら検討したいと思う。

## 2 「公的規制」と独占禁止法

まず最初に平岩レポート等という「公的規制」と独占禁止法との基本的な関係を整理しておかねばならない。独占禁止法による規制も広義の公的規制だからである。しかし、ここでいう「公的規制」とは、平岩レポートの別表からも明らかなように、参入規制、設備等の新增設規制、輸入規制、価格規制その他からなる経済的規制と社会的規制の総称であり、独禁法による規制を含まない。それでは、このような意味での「公的規制」、とりわけ経済的規制と独禁法による規制とは、どのような関係にあるのだろうか。

結論を端的にいえば、両者は同一の目的を異なる手段によって実現しようとするものであり、前者は概して直接・事前・包括的方式による独占容認（競争制限）的規制であり、また後者は概して間接・事後・部分的的方式による独占禁止（競争維持）的規制であると考えられる。すなわち経済的規制は、事業の開業、設備の拡大から価格、事業の休廃止、合併等にいたるまで包括的に事業者を直接かつ事前に許認可等にかからしめて競争を制限する方式をとるのに対し、独禁法による規制は、企業が自由かつ公正に競争しうる環境を整えるという形で間接的に（市場を経由して）目的の実現を図ろうとする方式をとり、公正かつ自由な競争秩序に反する状態や行為が存在する場合に、その部分に限って基本的には事後的に介入するというものである。

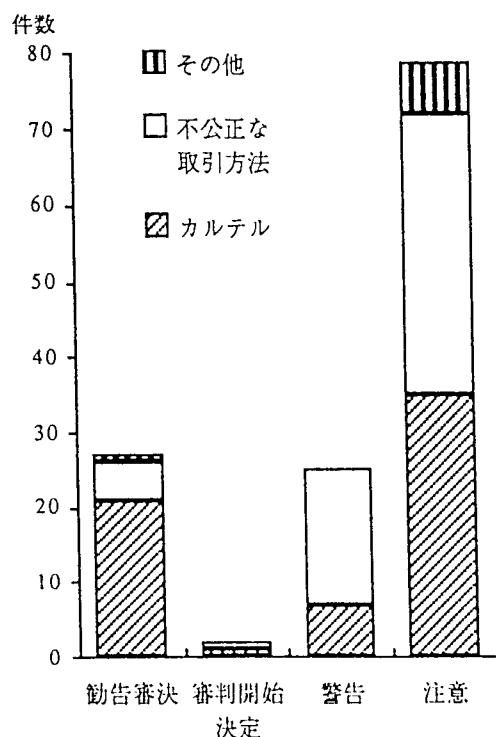
以上をふまえていえば経済的規制の緩和と独占禁止法の厳正運用という平岩研究会の提言は、ともに競争の形成、維持、促進を目指したものであってその限りでは精神分裂病ではないのである。ただし、いわゆるシカゴ学派の経済学者や法学者にとっては上のような提言はスキゾフレニアでありうる。彼らは、可能な限りあらゆる規制を撤廃し、個人の自由の極大化と経済的繁栄のために市場メカニズムを最大限に発揮させることが最も重要であって、独禁法はせいぜい競争者間の価格カルテルと例外的に巨大な合併のみを規制することで足り、それ以上の独禁法による規制は行うべきでないというからである。シカゴ学派はともあれ、行政改革推進本部・規制緩和検討委員会の意見報告および純粋持株会社の解禁を提言する通産省・企業法研究会報告（後述）は、独占容認的規制の緩和というどさくさに紛れて独占禁止的規制まで緩和しようという意図が明白である。

前置きが長くなったが、第1の課題は規制緩和後にカルテルや独占、不公正な取引方法等があらわれた場合、公取委は本当に独禁法を十分厳正に執行してこれらの弊害を解消するかであった。この問題をまず公取委による独禁法運用の現状から検討してみよう。

図1は1993年度における公取委の審査事件の処理状況を示している。一見してわかるように、正式の行政処分である勧告審決や審判開始決定よりも独禁法に明文の規定のない警告や注意が依然として多用されている。警告や注意は当該行為の停止、排除を法的に強制しうるものではないから、「独禁法の厳正な運用」と評価できるかは大いに疑問である。しかし、この点はさておき、ここで注目したいのは審査事件の内訳である。すなわち、公取委が審査した事件のほとんどがカルテル（価格カルテルと入札談合）と不公正な取引方法（再販、拘束条件・排他条件付き取引、優越的地位の濫用など）であって、私的独占（トラスト、コンツェルンによる他の事業者の事業活動の支配、排除）や企業結合（合併、株

式保有など) 規制の違反事件はほとんど挙がっていないことである。むろん企業合併については届出制をとっているから、その段階で違反の疑いのある案件は是正を指導されているという可能性はある。しかし、それではどのような内容の是正指導がなされたのか明らかにならないし、また届出制をとっていない私的独占は説明がつかない。

図1 1993年度審査事件の処理状況

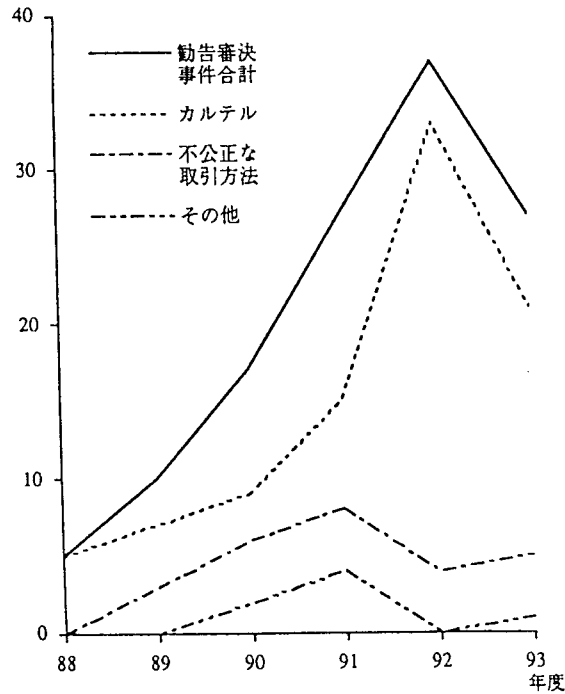


(平成6年版公正取引委員会年次報告より作成)

また、図2は1988年度以降の勧告審決事件数の推移をみたものであるが、上のような傾向がここ数年続いていることが明らかである(図2からは明らかでないが、現実にはこうした傾向はそれ以前から長期間継続している)。日米構造問題協議(1989-90年)以後、勧告審決数は増加する傾向にあるが、その内訳はカルテルと不正な取引方法がほとんどなのである。このように公取委による独禁法運用は、残念ながらお十分に厳正とはいいがたく、公益事業の規制緩和後に予想される違反類型である私的独占や企業結合に対して積極的といえるかも大いに疑問であるといわざるを得ないのである。

ただ規制緩和後に独禁法が積極的あるいは厳正に執行されるかは、いわゆる規制産業(regulated industries)でない分野における公取委の運用をみても不十分であるし、また本格的な規制緩和は日本ではなお十分に実現していないと考えられることから、既に1970年代に規制緩和が開始されたアメリカ航空産業を一例として反トラスト法(独禁法)の積極的な運用が行われてきたかどうかを次に検討したい。

図2 勧告審決事件の推移



(平成5年版および6年版公正取引委員会年次報告より作成)

### 3 アメリカ航空産業の規制緩和

アメリカにおける民間航空事業に対する本格的規制は、1938年民間航空法（The Civil Aeronautics Act）に始まる。同法は、その後40年におよぶ航空事業規制の基本的なフレームワークを形成することとなった。すなわち、民間航空委員会（The Civil Aeronautics Board : CAB）を設立し、同委員会が航空事業者の参入、退出、運賃、合併・株式または資産の取得（以下、M&A という）、役員兼任、不公正な競争方法、航空事業者間の協定などについて厳格な規制を行った。しかし、70年代になると次第に規制の有効性を疑問視する声が高まる。すなわち、規制は幼稚産業であったアメリカ航空業界を保護・育成するためのものであって、巨大企業に成長した段階では必要ない、各路線への新規参入は著しく制限され、運賃も不当に高い、規制がほとんど行われていないカリフォルニア州内航空市場に比べて、連邦規制が行われている州際市場における成果は相対的に良好でない等々である。

こうしてカーター政権下の1978年、航空規制緩和法（The Airline Deregulation Act）が成立し、CABの廃止（1985年1月1日）を決定するとともに、参入規制、運賃規制を撤廃し、なお残存する規制（M&A、役員兼任、プールその他の協定の反トラスト法適用除外の承認）は、CAB廃止後、連邦運輸省（The Department of Transportation : DOT という）が引継ぐこととなった。

規制緩和後の航空業界に何が起こったかは改めて言うまでもあるまい。新規参入者の顕著な増加、運賃の激しい引下げ、高運賃・高サービスの航空会社と格安運賃・低サービス

の航空会社の激しい競争、既存・新規を問わない多数の航空会社の倒産と M&A の嵐、そしてその結果としての集中度の増大である。

ともあれ、規制緩和政策の支柱であったコンテストタビリティ理論（Contestability Theory）の予測とは異なって、潜在的競争は既存事業者の市場行動を制約するには程遠いことが明らかとなったのである。

#### 4 独禁政策に関する問題

以上のような結果にいたる過程で生じた独禁政策にかかわる重要な問題の一つは M&A である。1978 年航空規制緩和法は M&A について次のような枠組みを用意した。すなわち、M&A 規制権限を CAB およびその廃止後に DOT に与えた上で、M&A 等は規制官庁による事前の承認（approval）がなければ違法であるとしたが、規制官庁は M&A 等が公共の利益に合致しないと認めるのでない限り、事前の承認をしなければならないとされた。また規制官庁は、独占を形成し、それにより競争を制限する結果となる M&A 等を承認してはならないとされたが、他方では競争を実質的に滅殺し、または独占を形成することとなる M&A 等であっても、公衆の重要な運送上の便宜と必要に応じるという効果が反競争的效果を上回り、かつ反競争的效果がより少ない他の手段が利用可能でないと認める場合には、こうした M&A 等を承認することができた。

CAB および DOT による M&A 等の規制は 1988 年末まで継続し、その間に行われた M&A のほとんどが、コンテストタビリティ理論に基づき反競争的效果が生じないとの理由で承認された。1989 年 1 月 1 日以降、M&A の規制権限を移譲された司法省は、直ちにコンテストタビリティ理論の役割の縮減と全国集中度重視の方針を明らかにした。けれども司法省によって提訴も辞さないとして是正指導を受けたケース、あるいは調査中のケースは極めて少数にとどまる。航空規制緩和後の M&A 規制は、到底、積極的に行われたとは言えないのである。

いま一つ、規制緩和後の航空業界において独禁政策にかかわる重要な問題はコンピュータ予約システム（Computerized Reservation System : CRS）である。規制緩和によって生じた時々刻々変化する運賃に対応するため開発されたこのシステムは、ほとんどの旅行代理店に提供され、いまや大部分の予約は CRS を通じて行われている。

さて、CRS は幾つかの局面において反競争的な効果をもたらす。CRS の開発・提供者はほとんどが航空会社、しかも大手の航空会社であるが、CRS 市場での圧倒的な地位が航

空市場の独占的な地位につながるという事実がある。例えばユナイテッド航空の重要なハブ空港であるデンバーでは、同社の APPOLO システムが 72% を占め、それが同空港を発着する便におけるユナイテッドの独占的地位につながっているし、アメリカン航空のハブであるダラス空港では、SABRE が 88% を占め、アメリカンの地位を支えている、といわれる。なぜ、そうなのか。

例えば、CRS が一種のエセンシャル・ファシリティ（不可欠の施設）であるような状況下で他の航空会社の情報を提供しない、あるいは著しく差別的な条件でしか提供しないとすると、自前の CRS をもたない航空会社は航空市場における競争上、著しく不利な立場に立たされる。従って 80 年代半ば以降、CAB または DOT は、連邦航空法（The Federal Aviation Act）411 条に基づき、不当に差別的な条件での CRS 利用を不公正な競争方法と認定して、これを禁止する規則を制定してきた。しかし、それにも拘わらず、より巧妙な形で他の航空会社の運賃や運行スケジュールに関する情報提供を不利に扱うことは依然として続けられているといわれる。航空業界においては、不公正な競争方法の規制も必ずしも充分とはいえない一例である。

## 5 持株会社の解禁

さて、第 2 の課題に紙幅の許す限りで触れておこう。規制緩和論議の中で今年に入って急浮上したのが、独禁法の定める持株会社禁止の緩和である（公取委は従来から他の「会社の事業活動を支配することを主たる事業と」しない事業兼営持株会社については 9 条の対象外としてきたから、ここで議論されているのは他社の支配を主たる事業とする純粋持株会社である）。通産省・企業法制研究会報告は「今日において、純粋持株会社を禁止する合理的根拠はなく、従って、理論的には全面解禁すべきものと考えられる」とし、政府の規制緩和推進 5 カ年計画も見直しを決定し、3 年以内に結論をうることとなった。

純粋持株会社を解禁すべき理由として、企業法制研究会が指摘することは、要するに、① 9 条等のいわゆる一般集中規制は合理的根拠をもたない、② 純粋持株会社には種々の経済的効用があるということである。報告書の詳細を紹介する余裕がないが、筆者は研究会の指摘とは逆に、① について民主的政治システムがなお十分に血肉化したとはいえない現代日本社会において経済力の少数企業・グループへの集中は巨大企業・グループの利益追求のための政治支配・操作につながるおそれがあると考え。また、競争企業の取引先を閉鎖できる場合以外にはほとんど生じないとされる互惠取引ないし集団内取引と集団内株



式所有比率との間に有意な相関関係があることは、従前から公取委の指摘してきたことであった。さらに、競争企業排除後にその赤字を補えないからありえないとされる巨大資本による不当廉売についても、某巨大流通企業による 100 円ビールが可能性を示唆している。

報告書は、②純粋持株会社解禁の経済的効用として、事業部門および事業拠点ごとに分社化し、それを統括する純粋持株会社を設立することによって、中長期的視点に立った戦略的グループマネジメントと事業マネジメントの分離、各事業部門等に最適の雇用形態、労働条件を採用することができること、組織、人事面での摩擦を回避しつつ、企業合併と同じ効果のある企業統合が可能となること等をあげている。その上で、報告書は外国では禁止されていないことを理由に国際的法制度とのハーモナイゼーションの名の下に純粋持株会社を解禁すべきであるという。

各国法制度の前提となる当該国における株式保有の特色（法人株主の割合、相互・多角的株式保有の有無、株主の株式保有の理由など）を無視して、制度のハーモナイゼーションだけを求めることは無意味であるし、純粋持株会社解禁の効用とされることは他の措置によっても達成可能であるだけでなく、これらの効用は、すべて当該企業・グループにとっての効用であって、それが取引相手や競争企業あるいは消費者にどのような影響をもたらすかは、全く言及されていない。

いずれにせよ、純粋持株会社の解禁は企業系列化の一層の促進、強化につながり、外国事業者の対日投資・輸出を阻害する可能性がある。今日の国際情勢の下でとるべき途ではない。

おわりに

政府の規制緩和推進 5 年計画や行政改革推進本部・規制緩和検討委員会の意見報告を読んで気づくのは、何のために、どのような目的で規制緩和を行うのかという規制緩和の理念・哲学が欠落しているということである。規制緩和はそれ自体に意味があるわけではないと考えるが、政府の規制緩和論は規制緩和が自己目的化しているように思われる。だからこそ、規制緩和の名の下に本来の目的とは無関係な規制を緩和したり、独禁法の緩和にまで触手を伸ばすのである。

筆者は規制改革の必要性はあると考える。アメリカの Capture Theory（捕縛理論）をもち出すまでもなく、事業者・官僚・政治家という不明朗な癒着関係の温床となっているような規制については改革する必要があるだろう。しかしそれは、現在政府が実施しようとし

ている、公益事業者に課せられた義務を一方的に解除し、巨大企業の経済力を自由放任するような方向での規制緩和政策によっては実現しないといわなければならないのである。

(1)日本経済新聞 1995年3月31日。

(2)例えば、浜川清「規制緩和政策の現段階」行財政研究 22号 10頁以下(1994年)、ジュリスト 1044号(1994年)掲載の座談会と各論文、経済セミナー474号(1994年)の各論文を参照。

(3)日刊工業新聞特別取材班編『平岩レポート』192頁(1994年)。

(4)行政改革推進本部・規制緩和検討委員会「意見報告」3頁(1995年2月24日)。

(5)前掲「意見報告」27-8頁。

(6)Breyer, Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace, 75 Calif.L.Rev.1005,1006-7(1987), 根岸哲『規制産業の経済法研究第I巻』3-4頁(1984年)。ただし、根岸教授は、一般消費者保護という同一の目的を、後者は「企業活動が公正かつ自由な競争環境のもとに行なわれることを確保する規制」により、前者は「直接・積極・継続的規制」によって実現しようとするものであるとされる。

(7)See Kahn, Deregulatory Schizophrenia, 75 Calif.L.Rev.1059(1987).

(8)法律学・シカゴ学派の反トラスト政策については、R.Bork, THE ANTITRUST PARADOX 405-7(1978), R.Posner, ANTITRUST LAW 212-7(1976)を参照。また、経済学・シカゴ学派の政府規制に関する見解については、M.フリードマン『資本主義と自由』(1975/熊谷・西山・白井共訳)、同『政府からの自由』135頁以下(1984/土屋訳)、G.J.スティグラール『小さな政府の経済学』(1984/余語・宇佐美訳)などを参照。フリードマンやスティグラールの規制撤廃論に関する最近の批判としては、宇沢弘文・内橋克人「対談：規制緩和を語る資格は誰にあるか」『世界』1995年3月号 22頁以下が痛快である。

(9)吉田省三「独禁政策の変化と規制改革」中小商工業研究 41号 14-7頁(1994年)をも参照。

(10)金本良嗣・山内弘隆編『講座・公的規制と産業④交通』171頁以下(1995年)、南部鶴彦・江藤勝編『欧米の規制緩和と民営化』153頁以下(1994年)、OECD編『規制緩和と民営化』102頁以下(1993年)、野尻俊明『規制改革と競争政策』163頁以下(1984年)、グループ 2001「規制緩和という悪夢」文芸春秋 1994年8月号 134頁以下などを参

照。

(11)W.Baumol,J.Panzar & R.Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure* (1982).コンテストビリティ理論とは、要するにある産業において参入と退出が人為的に制限されていなければ、当該産業の事業者数は市場成果と無関係であるというものであり、この理論からすれば事業免許制や休業止規制が行われていなければ、たとえ既存の事業者が少数であったとしても潜在的競争の故に、当該市場の価格やサービスは競争市場におけると大差ないということになる。しかし、この理論の著名な提唱者の一人である R. ウィリグや当時、CAB にあつて理論を信奉していた M. リヴァインは、航空ネットワークの重要な結節点であるハブ空港の施設が特定の航空会社によって支配される結果、利用者に対する市場力や新規参入に対する障害が発生する事が明らかとなった 92 年の時点で、理論的修正の必要性あるいは誤謬を認めている (Willig, *Antitrust Lessons from the Airline Industry : the DOJ Experience*, 60 *Antitrust L.J.*695,699-701(1992). Levine, *Airline Deregulation : A Perspective*, 60 *Antitrust L.J.*687 (1992).)。

(12)司法省によって提訴も辞さないと通告されたケースは、①イースタン航空からユーエスエア航空へのトロントーフィラデルフィア路線およびフィラデルフィア国際空港の 8 ゲートの売却、②アメリカン航空とデルタ航空によるコンピュータ予約システムのジョイントベンチャー、③イースタン航空からユナイテッド航空へのワシントン空港における 5 ゲートおよび 67 発着スロットの売却、④トランスワールド航空の保有するロンドンー合衆国路線すべてのアメリカン航空への売却である。Willig, *supra* note 11, at 697 および ABA Antitrust Section, *Antitrust Law Developments* 1149-52(3rd ed.1992)を参照。

(13)Breyer, *supra* note 6, at 1036.

(14)Hawk, *Airline Deregulation after Ten Years : the Need for Vigorous Antitrust Enforcement and Intergovernmental Agreements*, 34 *Antitrust Bull.* 267,282-7(1989).

(15)企業法制研究会報告書、40 頁 (1995 年 2 月)。

(16)舟橋和幸「持ち株会社禁止は必要」日本経済新聞 1995 年 3 月 24 日。