

憲法学における経済秩序についての考察 (三)

井上 嘉 仁

はじめに

第一章 憲法学の想定してきた経済秩序

第二章 秩序、パタン、制度（以上、姫路法学53号）

第三章 競争、自生的秩序、企業家

第四章 法の支配と経済秩序（以上、姫路法学54号）

第五章 社会的正義、公共の福祉と経済秩序（以下、本号）

第一節 社会的正義と市場

第二節 市場競争、政治的競争、司法審査

第六章 私的独占、カルテルと経済秩序

第七章 国家による独占権付与と市場介入

おわりに

第五章 社会的正義、公共の福祉と経済秩序

第一節 社会的正義と市場

1 競争の反・反倫理性

(1) 主流の憲法学は、経済秩序を「あるべき」ものへと修正する必要があると説く。ここでは、経済秩序は、社会

的正義の観点から整序されたものと理解されているようである。このことは、先述したように、公共の福祉論における社会国家的公共の福祉概念のなかに集約されている。すなわち、憲法は公共の福祉の内実として社会的正義を内在させており、国家がかかる観点から市場経済へと介入することを容認、あるいは積極的に要請していると理解されているのである。

経済秩序が社会的観点から修正を要すると考えられるのはなぜか。それは競争には、負の側面があり、反倫理的であると考えられているからだろうか。

たとえば、次のような反倫理性が想定されているのかもしれない。①「競争の困った点は、誰かがそれに勝つことだ」。②「敗北のうへの勝利は不公平だ」。それゆえ、競争の敗者である「弱者」を保護し、競争の勝者による「独占形成」を阻止しなければならないのだ。

しかし①については、競争が発見のプロセスである以上、競争の結果としてうまくやった者が発見されると同時に、うまくできなかった者もまた発見されるのは必然である。うまくいかなかった者を保護する必要性があるか否かは議論の余地があるが、敗者が生まれるから反倫理的であるということにはならない。むしろ逆である。ある者が敗者とならないよう競争から保護することは、人が能動的・知性的である必要性を失わせ、その者を怠惰にし精神的な仮睡の状態にすることになる。この方がよほど反倫理的だという余地もあろう。

また②については、「競争は独占を形成するから反倫理的である」とはいえないと思われる。ひとつに、独占を規制する組織は、独占を目指して不成功に終わった人々の要求によって、彼らの努力を挫いた市場を妨害するために存在するとの指摘があるからである。この嫌がらせや妨害活動の方がよほど反倫理的ではないだろうか。また、何度も述べたように、競争の結果としての独占は、消費者に最も愛された証左である。競争プロセスのなかで独占状態を維

持するには、絶えず潜在的参入者と競争をし続けなければならないのである。

(2) 競争は反倫理的ではなく、逆に社会を改善するための有益なツールであり、倫理的だ、との指摘もある。

たとえばある論者は次のようにいう。「競争は人間本性に内在する自愛心、活動意欲、自律、自己実現、自己発展の現れであって、社会にとって活力の源泉である。自愛心は社会に自由と活力と効率を保障し、旧弊と怠惰と放縦を抑止し、進歩と核心への刺激として働く。競争はこの自愛心という人間本性に点火し、自愛心の發揮を原動力としている。……競争の基礎となる進取、向上、勤勉、慎慮といった自愛心の徳目は、それ自身としての善である」¹⁰⁾。

競争が社会改善的であるとすれば、競争は反倫理的ではなく、むしろ倫理的だということになる。

自由な競争的市場においては、社会は全体として裕福となるのだが、なかには取り残されてしまう者もあるだろう。この不愉快さが市場への抵抗感であるという見方もありうる。¹¹⁾しかし競争プロセスにおいて、活躍の場はここにはないと判定された者は、強制的に退場させられるわけではないように、能力を活かせる場所へと新規参入していくことが許されるのである。

また能力に応じた処遇を倫理的と考える場合であっても、いかなる能力に秀でているかは競争によって発見されるのであるから、倫理的判断の前提として、やはり競争は不可欠だ、ともいえる。

2 社会現象を手なずける

なにも競争自体が不要というわけではない。競争が不可欠だとしても、秩序のある競争でなければならぬのではないか。経済秩序への社会的正義の観点からの介入を要請する者達は、そう考えるかもしれない。

社会的正義論が白熱する以前の19世紀的な自由の体系は、不在の体系であった。不在の体系は権力への抗議を明確

に表現している。他方で、この体系に物足りなさを感じる者達は、計画経済、社会主義、社会的正義論によって、不在の体系の空白部分を具体化しようとしたのだ⁽¹⁰⁾。本来、不在の体系は政府によって果たされるべき役割を積極的に論じない。しかるに、不在の体系を援用しながら既得権保護を主張する社会的正義論まであらわれ、社会的正義論の登場後、自由論はさらに混迷する。

かつて、不在の体系の下、人々は個人の努力を挫く、個人を超えた様々な力⁽¹¹⁾を受け入れ、身を委ねてきた。しかし人類はその英知によって、しだいにその超克に挑みはじめた。自然現象にしても、社会現象にしても、合理的設計により手なずけられると信じたのである。

社会主義は、そうした、個人を超えた諸力⁽¹²⁾への抵抗のなかから醸成されてきた。社会主義は予測不能と思えた経済現象を分析し、計画することで、経済・社会問題を克服しようとしたのであった。ハイエクは、深刻な不平不満を引き起こしている世界を作り直そうとする衝動からうみだされたのが経済分析だと論じている⁽¹³⁾。

社会的正義を経済秩序に導入し、秩序をあたえる、試みは、ここでの文脈で言えば、不在の体系にいくらかの具体性を与える試みである。それは、個人を超えた様々な力⁽¹⁴⁾を手なずけようとする努力なのである。

しかし、ハイエクの指摘するように、この努力は、次のような発想に立つのならば間違った努力となる。すなわち、すべての社会現象は人間の行為が生み出すのだから、人間行為に依拠する現象は当然、自分たちの意図によるものである⁽¹⁵⁾、という思考である。

既に見たように、人間行為の結果ではあるが、意図の結果ではないものとしてできあがった秩序こそが経済秩序である。こう考えるならば、経済現象を完全に合理的に説明したり予測したりすることはできない。社会的正義の観点から秩序を与えようとする論者は、経済秩序への合理的介入には限界があることを重く受け止めなければならない。

そしてその限界は想像以上に手前にあるのである。次にそのことを見てみよう。

3 社会的正義は憲法的価値か

社会的正義を憲法の理念あるいは公共の福祉に読み込もうとする論者は、2で見たように、競争それ自体が反倫理的なものではないと考えたうえで、競争に秩序を与える社会的正義の導入は可能であると考えている。次に、それはいかにして(不)可能なのかを検討しよう。

一般論として、国家権力発動の正当化論拠は、憲法に求められなければならない。国家権力が社会的正義の観点から、経済秩序に介入する根拠も同様に、憲法に求められなければならない。国家介入を要請する根拠、抑制する根拠を、憲法の法的統制力から読み解かなければならないのである。はたして憲法に手がかりはあるのか。

国家の経済に対する存在理由は、近代立憲主義以降ようやく成立した、とある論者はいう。¹⁹⁾ この論者によれば、近代民法典の制定により、契約当事者の合理的期待の内容は、先例の積み上げよりも予測可能なものとなった。そして国家は実定法を制定するなかで、国家の側からみた重要事項を正義と称し、その擁護者を自認した。かくして、近代以降は、国家の手により正義を強制する実定私法が経済秩序を創設することになっていったというのである。

近代立憲主義以降、経済秩序に介入する国家権力を統制する憲法的価値はなにごとと解されるのか。ある論者は、憲法は時流とは切り離された、基礎的な市場経済のあり方を保障しているのだと説く。²⁰⁾ その理由として、現在は混合経済であって、政府による介入を要素としているため、国家の積極的役割が不可避であること、経済学の議論にのみ依拠することは、国家の役割を考えるうえで不適切であることがあげられる。

この見解に対しては、次の疑問が直ちに浮上する。そこにいう基礎的な市場経済のあり方とは何を意味するのだら

うか。また経済学では適切に解き明かせない国家の役割とはなにか。後者は効率だけではなく公正や公平といった価値の実現も国家の役割であることを意味しているのだろう。そしてまさにかかる価値を内蔵させた市場こそ基底的な市場経済だといいたいのだろう。市場におけるプレイヤーである消費者は、同時に公共的価値の担い手である市民でもある。市民による民主主義の政治プロセスにより、市場に公共的価値が実現されていくことを、憲法は保障しようとしている、といったのかもしれない。¹⁸⁾

もともと、基底的な市場経済のあり方や公共的価値は、憲法典に明示されていない。しかるに憲法学説には、社会的正義に関する一定の偏りが存在するとも思える。ある論者の言葉を借りれば「見えない憲法」¹⁹⁾である。「見えない憲法」とは、ドイツ流の社会的公平や正義の実現といった特定の価値観をかぶせられた経済秩序、社会的経済秩序のことをいうとされる。同論者によれば、日本社会は戦後も一貫して自由競争の経済モデルや国家観をとってこなかったのだと指摘される。この見えない憲法に、公平・公正を折り込んだ基底的な市場経済や公共的価値が読み込まれ、憲法的法力をもって市場を統制できると考えてよいだろうか。

たしかに、かかる見えない憲法が、諸個人の生にとつての共通基盤であるならば、憲法的価値といえるかもしれない。問題はそういえるか、である。次のような論じ方がある。自由な生き方といえども、殺人や麻薬は禁じうる。かように、どのような生き方をどの程度個人の選択に委ねるかは、組織としての国家が決定しあるいは承認すべき問題である。国家の成員であるという共通基盤に立って提起される、国家の大きな理念、方向であれば、私的目的が捨象されているだけに成員にとつて共有可能なものになるだろう。したがって、福祉の理念や方向性も共有可能となる。²⁰⁾

しかし、このような議論は成立しがたいと私は考える。憲法典制定以前から、人間行為は厳然として存在し、その行為はカタラクシー（あるいは制度）を形成していたはずである。憲法典の制定は、その制定以前から存在していた

制度を制度として保障することにあると解すべきである。そのことは二九条一項が財産権を絶対的に保障していることに現れている。

また公共的価値は市場取引では実現できないと考えられている。しかし、公共的価値の内容は曖昧である。公共的と称する価値は、市場における競争力に劣るが政治的に勝る個人による私的権益にすぎないかもしれない。マンデビルであれば、私益こそが公益であるというだろう。そこにいう私益は、政治的手段によって獲得するものではなく、経済的手段によって獲得されるものであるというまでもない。⁽²⁰⁾

さらに言えば、殺人の禁止が承認されるのは、国家が組織であり、組織的命令に成員である国民が服従しなければならぬからではない。ひと言でいえば、殺人は、自己所有権という誰もが否定しがたい大前提から、演繹的に、自由の体系から除外される行為である。ゆえに殺人の禁止を個人に強制できることをもって、国家を目的組織ととらえ国民に命令する権限があると論じることはできない。国家と国民の関係を組織になぞらえることは、カタラクシーというノモスのネットワークをテシスのネットワークとしてしまいうだろう。

基底的な市場経済を憲法が保障していることの論証は成功していないと思われるが、そうだとしても、理性の限界を意識しながら、理性にもとづく真摯な考察が必要であり、市場経済秩序が生み出す問題に対処する試行錯誤を続けるしかない、といえるかもしれない。⁽²¹⁾

これは論者の意図とは違う意味で、正しい側面をもつ。たしかに人間の理性には限界がある。市場全体に秩序を与える理性は存在せず、真摯な考察は、現場の諸個人が固有の知識を有効活用することでおこなう。市場経済秩序が生み出す問題の多くは、政府が生み出している可能性を反省し、市場への介入強化ではなく、規制の緩和・撤廃をしていく試行錯誤が必要となるだろう。この点については後に述べる。

4 市場経済にビルトインされた社会的正義

社会的正義の観点から経済を秩序化する見方には、社会的正義抜きにしては市場経済が成り立たないとする主張もある。これによると、市場経済には社会的正義がビルトインされているということになる。そのような見方が可能だろうか。次の主張をみてみよう。

「市場取引にはコミュニケーションが不可欠だが、参加者間の著しい格差は、コミュニケーションの成立を困難にしかねない。ゆえに格差はある程度以下であることが必要である。そして格差拡大は市場経済秩序自体を不安定化させ、大きな所得格差は市場経済に大きなコストを負担させることになる。したがって、市場経済は一定の再分配を不可避なものとして内蔵していると考えなければならない」⁽²⁰⁾。

この主張を受け入れるとすれば、いかにして再分配をしていくかが次に問題とされるだろう。再分配のやり方にも種々あるが、市場経済と調和的な手法が好ましいとされるだろう。たとえば公共調達や公共事業をつうじて、再分配による社会的正義の実現をすることが考えられる⁽²¹⁾。公共調達は入札による競争とは相容れない価値観でおこなわれる場合があるらしい。すなわち、公共調達によって中小企業を保護・育成していくという考え方である。また公共事業は、雇用の下支えをしており、その効果は社会的に無視できないとも指摘される。

上記の主張を受け入れれば、次のようにいえる。市場経済に介入することは、一見すると自由競争に反すると思われるかもしれない。しかし、市場経済には社会的正義がビルトインされているのだから、上記の手法での介入は市場経済と整合的なのである。一見して自由競争とは反するからといって、直ちに規制の対象となると考えてはならないのだ。市場経済は再分配抜きにしては成立しないのだから。現に、競争原理の論理的帰結である適者生存という考え

方と矛盾するような企業慣行も存在することからすれば、市場経済に社会的正義がビルトインされているということも分かるはずだ。⁽²⁶⁾

しかし、市場経済に社会的正義がビルトインされているという主張も成立しがたいと、私はみる。

まず、前提として、所得格差が開くとコミュニケーションの語義の曖昧性も重大な問題であるが、それはひとまずおくとしよう。ともあれ市場取引にコミュニケーションが必要であるとしよう。それならば、市場における競争プロセスは、企業家精神に働きかけ、うまくコミュニケーションをとり機敏に行為するよう市場参加者に促すだろう。そうしなければ、市場においてうまくやり通すことはできないからである。もし格差がコミュニケーションを阻害するというなら、阻害要因を取り除くような行為をしなければ、市場プロセスでうまくやり通すことはできないということを、競争が明らかにするのである。したがって、市場プロセスにおいて、阻害要因（ここでは格差）を取り除くようなパターンが、自生的に形成されると期待できる。

もしも市場経済において格差を取り除くようなパターンが形成されないとすれば、それは、そのようなパターンがなくとも市場経済は機能しているということをも、まず考えるべきである。その場合、再分配は市場経済にビルトインされているという主張を疑うべきことになる。あるいは、格差が存在し、それを取り除くようなパターンが形成されていないことは、その形成を抑制するような、法規制^レが存在する疑いが濃厚だと警戒するべきである。

いずれにしても、市場経済は再分配抜きには成立しない^レ、との主張に賛同する前に、検討すべき事柄があると言わざるを得ない。

実際には、たとえばアダム・スミスが同感を通じた相互援助を想定しているように、慈善団体を組織したり、募金

活動をおこなったりするような人間行為のパターンが形成されることは十分に考えられる。

次に、市場経済と調和的な手段にみえる公共調達等も、それがなければおこなわれたはずの経済活動の芽を摘むことに留意しなければならない。公共事業による雇用の増加も、それがなければおこなわれたはずの別の労働が失われることに注意を向ける必要がある。失われた労働によって、何がもたらされるはずだったのかを誰も正確に把握することはできないのであるから、それを軽視して再分配を計画することは考慮すべき事を考慮していかないといえよう。

最後に、自由競争原理を適者生存と表現することは誤導的である。市場競争は生物学的な生死をかけた闘争ではない。社会において必要とされている物は何かを市場プロセスにおける競争が明らかにし、そのプロセスをつうじて適材が適所に配置されていく過程として、市場経済を表現するのが適当であろう。

5 市場プロセスと社会的正義

(1) 市場プロセスの所産である経済秩序を社会的正義の観点から整序するべきだとする論者は、市場プロセスの所産を不正なもの、すなわち正義に反するとみなしている。そのようにみなすことは妥当なのだろうか。これについてのハイエクの見解は次のようである。²⁸⁾

正あるいは不正の名で語ることができるのは、人間の行為だけである。何人も変えることができない事実や状態に対しては、善、悪の語で語ることはできても、正、不正の語を使用することはできない。人間の意志によって作られた状況のみが、正や不正の語で語りうるものであって、自生的秩序の内容は、誰かが意図したり予測したりした結果ではないのであるから、正でも不正でもあり得ない。

ハイエクにとって正義とは、不正を防止するルールの下で各人が自己の選んだ目的を追求し、かつ他人の同様な権

利を侵害しないところに成立するものである。市場機構という制度、プロセスがもたらす結果を何人も意図しなかつたし、予見もしなかつた。そのようなプロセスに正義を求めることは、明らかにおかしいことなのである。

ハイエクによれば、正義は一般的ルールに対して用いられるのであつて、社会に対して用いられるべきではない、⁽²⁰⁾ という。そして、市場プロセスの結果は正義とは無関係だから、結果が不正であり、誰かがその責任負うべきである、⁽²¹⁾ というにもならないのである。

(2) 正義は人間が意図したり、予見したりした結果について語ることができるものだとすれば、競争の結果としてできあがる秩序に対する社会的正義の主張は内的な矛盾をかかえることになる。

社会的正義は優先充足事項を順序づけ、最善の配分をするように要求する。それを実現するには、論理的にいつて、決定者(機関)は、価値の序列をあらかじめ決めることができ、誰に何が必用なのかを事前に知っているものとされなければならない。この意味で、社会的正義はアプリオリな基準をもっているのである。

ところが、実のところ、その優先充足事項を、われわれは事前に行うことができない。知ることができないからこそ、各人の競争が必要となるのであつた。なにが優先的に充足されるべきかは、市場プロセスにおける競争をつうじて、自生的にできあがる序列として事後的にのみ浮かび上がるのである。

社会的正義は、この意味で、真の意味での競争と折り合わない。真の競争は、われわれがいま知らないことを発見する手続きなのである。⁽²²⁾ 社会的正義のアプリオリな基準とは真つ向から対立する。

社会的正義を擁護する論者は、本稿の擁護する自生的秩序としての経済秩序ではなく、エコノミーとしての経済秩序を信じている。エコノミーは、目的に対して最善の手段を選択するような合理的意志の産物である。エコノミーの信奉者は、市場秩序をエコノミーと捉え、社会的正義の目的に対する最善の配置となるように優先順位を付け、種々

の要求を満足させようと試みるのである。さらに進んで、社会的正義のために、価格と所得を政策的に修正しようとなさえるのである。⁽²⁰⁾

その傾向は、民主主義社会において、増幅される。ハイエクによる批判を言い直せば次のとおりである。社会的正義にしたがって、価格や所得を統制する権限が政府に与えられているとしよう。民主主義社会において、政府は有権者に責任を負っている。とりわけ選挙区や支持団体に対して責任を負う。その責任は法的なものでは無いが、国民の代表である純粋代表であっても、無視できないものである。価格や所得を統制する政府権限は、そのような責任を果たすために、すなわち大衆の願望や偏見を満足させるために拡大することは避けられない。

社会的正義は、民主主義的市場社会において、政府権限の悪しき拡大傾向をみせる一方で、それは小さな部族社会においてであれば、成りたちうる。たとえば利他主義、連帯、共同目的の尊重などの道徳規準にそって、優先充足事項に配分していくことが可能かもしれない。それは少数の部族社会であるから可能であり得るのだ。

しかし多様な未知の目的を、それぞれに実現しようとする大きな社会、すなわち相互を匿名の存在としてあつかう市場社会では、社会的正義は成りたたない。少数の部族社会で成りたつ社会的正義を現在の大きな社会に適用することを、ハイエクは、部族社会への先祖返り⁽²¹⁾だと批判し、社会を崩壊させるだろうと説いた。⁽²²⁾

市場社会・自生的秩序を人為的に廃棄してしまうところ、正義に反する人間行為であろう。自生的秩序は無知への対応から生まれた。各人各様の多様な未知の目的を最大限実現できることに奉仕する制度が、市場プロセスによる経済秩序・自生的秩序である。人々は無知であるから、競争という発見の手続を利用して、うまく生活していくのである。政府を通じた人為は、社会的正義と称して特定の結果を達成する努力ではなく、未知の目的を達成するための機会をすべての人に保障することに向けられなければならない。ハイエクのいわんとするのは、これこそが正義の

はずだ、ということであろう。²³⁾ すなわち、正義は一般的抽象的な全般的秩序の保障について、語るべきなのである。ここまでみたように、自生的秩序を社会的正義にかなったものにしようとする試みは無益であるばかりか、自生的秩序を損傷する。社会的正義は市場経済にビルトインされているどころか、自由な社会とは矛盾するのである。²⁴⁾

第二節 市場競争、政治的競争、司法審査

1 政治領域における競争

政治領域においても、競争²⁵⁾ はおこなわれているはずだ、競争が発見の過程であるならば、政治領域における競争の結果として決定された社会的正義実現のための法規制も、尊重されなければならないのではないか、との主張もある。G・タロック (Gordon Tullock) は、企業家が人為的な障壁を作り出すために政府にロビーすることを、競争²⁶⁾ の語を用いて論じたことで、学界に一石を投じたと評価できよう。では、政治領域における競争は、政治的手段を発見し、あるべき配分を発見し、秩序を形成するといえるだろうか。

エドウィン・チャドウィック (Edwin Chadwick) は、領域内での競争と領域獲得に向けた競争を区別した。²⁷⁾ すなわち売手の顧客獲得に向けた競争と、売手の他者を排除する手段獲得に向けた競争との間に明確な線を引くのである。前者を市場競争、後者を政治的競争と換言してもよいだろう。両者の区別には賛成できる。しかし、後者を市場における競争と同じ、競争²⁸⁾ の語をもちいて論ずることは誤導的だろう。

第一に、後にみるように、独占価格を課することができる独占は法的独占、すなわち政府からの特権以外にない。政治的な競争は、法的独占の獲得を目指すものであり、その帰結は市場における競争と相容れないからである。

第二に、経済市場での勝利者が、政治的領域でも勝利すると信じる理由はない。政治の世界で成功するための技能

は経済でのそれとは異なっているからである。政治に嘆願する人は、市場において自分の目標を達成し損なった人であることが多いとの指摘は先にも触れた。

たとえば、アンチ・トラスト立法史研究によると、反トラスト関連の制定法は、市場のシェアを、新規の、より企業家的で、かつより効率的な企業に奪い取られた生産者によって支持されたことが明らかにされている。⁽²⁰⁾ 要するに、市場競争によって最も消費者に愛された生産者の努力を、市場競争に敗れた生産者が、独禁法という政治的ツールを獲得することで、打ち砕こうとしている、というのである。

この意味では、政治過程に経済界の代表を参画させ、経済政策にかかわらせるのはおかしいという指摘は、一考に値する。もつとも、この指摘は、経済のプロではあっても政治のプロではない財界人が、自ら参加するゲームのルールを作成することの問題点をあげるものであり、ここでの焦点とは合致していない。真の問題点は、政治的手段が市場競争を阻害するところにある。このことを見誤ってはならない。

2 政治的競争と司法審査

市場でのシェアを争う競争と、政治領域での權益を獲得するための競争とを区別するべきだとすれば、民主政のプロセスを「競争」的にみる多元主義的理解にも疑問が投げかけられねばならない。

ある論者は、民主政治のプロセスを多様な利益集団がそれぞれにとって有利な政策決定を獲得すべく妥協する過程と考え、そのうえで、業界を保護する立法は利害調整の結果だから、裁判所が立ち入った審査をせずともよい、と論ずる。⁽²¹⁾ 市場競争が、そのまま政治領域における權益獲得のための競争となっており、むき出しの利害関係が白日の下にさらされており、真の目的を詮索せずともいだろう、ということが意図されているものと思われる。しかし、民

主政のプロセスと市場競争とを関連づけながら、司法審査を緩やかに起こなうことを正当化する見解は、市場競争と政治的競争とを区別する観点からは、妥当でない。

両者の区別の観点からは、むしろ民主政のプロセスが市場における競争を反映していると考えられることは、逆に、立ち入った司法審査をすることを正当化する契機を含むように思われる。その理由は二つある。第一に、市場競争における勝利者が、政治的競争すなわち民主政のプロセスにおいても勝利者であった場合、勝利者としての地位を法的に固定化しようとすると考えられるからである。すなわち経済市場に悪しき法的独占が形成されることになるからである。通常、市場競争において独占的地位を得たものは、最も消費者に愛されたことを意味する。その地位は、絶えず、潜在的な新規参入者との競争に晒されている。この意味では、競争と独占は対義語ではないのである。ところが、民主政のプロセスをつうじて法的独占を獲得すれば、法的強制力の効果として、この潜在的な競争は霧消する。したがって、市場における勝利者が民主政にプロセスにおいて勝利するだろうと想定するのであれば、市場競争を法的独占に変質させるだろうことも予測しなければならない。憲法が市場競争の自由を保障していると考えれば、この競争の自由に対する弊害を除去することを狙って、裁判所は立ち入って司法審査し、自生的秩序である市場プロセスにおける競争を回復させることが求められるはずである。

第二に、経済市場における敗者が民主政のプロセスにおける政治的競争の勝者となった場合、市場競争において消費者に奉仕しないことが判明した生産者に、経済市場において生き残るための法的手段を与えることになる。本来、当該分野での競争により劣った生産者であることが明らかとなった場合、その者は当該分野から退場し、新たな分野で能力を活かすことになる。ところが民主政のプロセスにおいて勝利した、市場における敗者である生産者は、弱者保護や社会的正義などを旗印として、みずからを保護する法律を政治的に獲得することが可能である。憲法が発見の

プロセスである競争を保障していると考えた場合、この競争プロセスの機能の阻害を、裁判所は見過ごしてはならない。やはり立ち入って審査するべきなのである。

このように、民主政のプロセスを多元主義的に理解する立場の帰結には納得できない点が含まれている。

くわえて、次のような批判もある。多元主義的理解は、経済市場における利害対立が政治的調整の場に再現されることを想定するのだから、しかし立法段階では新規参入者が顕在化しておらず、消費者との妥協が想定できないではないか。²⁰⁾

たしかに市場における競争と政治領域における競争の相違として理解すれば、その通りである。しかし問題は、市場競争と政治的競争が同質か否かにあるのではない。仮に全く同じ競争が繰り広げられていたとしても、政治領域における獲得物は、政治的手段、すなわち法的独占であることにあつた。そして法的独占こそ、自生的秩序にとって最も警戒すべき真の独占なのである。

先に見たように、経済秩序は法の支配とかわるきわめて重大な憲法的関心事なのである。民主政のプロセスが、経済秩序ひいては法の支配と対向するとき、裁判所が取るべき態度は後者を擁護することにあるはずである。政治領域でも競争があることや民主政プロセスが市場競争を反映していることは、自生的な経済秩序や法の支配からみて、民主的決定を擁護する理由とならないのである。そう考えれば、次の指摘は的を射ている。

「政府が民主主義的に構成されていなければならないほど、特定の目的・利益に積極的に応えていこうとする。議会多数派は無数の小集団の特殊利益を満足させることで、権力を保持する。民主主義はもはや一般的ルールの多数による承認ではなく、特殊利益への奉仕を多数が承認するところに成立する。これは茶番以外の何物でもない」²¹⁾。

経済秩序・法の支配と民主政との優先関係を考える例として、たとえば新聞の再販禁止の例外の憲法的価値を擁護

する論をみてみよう。これによると、再販を禁止して価格競争を起こしたとしても、消費者が得る利益はわずかである。このわずかな利益のために低廉な新聞宅配サービスを崩壊させることになりかねない。競争政策の強化という独禁法からすれば、新聞再販制度や特殊指定は合理性が疑わしい。しかし、憲法の観点からは、それをなすべき合理的理由がある。⁽²⁾

この立論は、新聞は、民主政を支える重要なツールであり、表現の自由を手厚く保障されるべきだという立場から、民主政治の観点から市場競争を制限することも妥当だと論ずるものだと思われる。

しかし本稿のここまでの考察から、新聞の再販禁止の例外が、民主政治にどれだけ奉仕しようが、民主政治の所産が自生的秩序、法の支配を脅かすものであるならば、擁護できない。再販売価格の禁止の例外は、業界団体の既得権保護である可能性は高く、民主政のプロセスが悪しき法的独占を実現している例ともいえる。さらに一步進めて、再販売価格の禁止そのものも、市場における敗者が政治に訴えて獲得したルールである可能性も検討しなければならぬ。裁判所は、首尾一貫して、自生的秩序が法律により人為的に歪められてはいないか、法律がノモスやカタラクシーと整合的な一般的・抽象的ルールであるか否か、を審査しなければならない。

3 民主主義的制度の欠点

政治における競争が、民主的決定による市場介入を正当化しないことをみた。では、民主政は、市場においていたい何をなすべきなのだろうか。

ハイエクは次のような疑問を呈する。民主的な政府が、現前する痛みを排除するために、事態をさらに悪化させるばかりか将来の行動の自由まで縛ることになるような一時凌ぎの鎮痛剤に頼らないですますという、経済的英知の真

随ともいえる方策を選べるだろうか。⁽²³⁾そして、次のように答える。民主主義的制度の性質からいって、まことに疑わしい。

社会的正義を掲げる民主主義的規制による経済市場への介入は、それが思ったような成果を上げない理由として、民主主義的制度の次の性質をあげることができる。民主主義的制度は、政治の消費者の一部の声しか反映しない、これである。市場は1円ごとに投票権を与えるという意味では民主主義である。逆に、民主主義的憲法は、市場における消費者主権と同様の主権を国民に与えた、といわれることがある。しかし民主主義は多数派に投じられた票のみが、事態の方向決定に有効なのに対して、市場ではどの1円も生産過程に作用する力をもっている点が異なる。⁽²⁴⁾この指摘は正鵠を得ている。

また、政治の消費者が政策や政治家について無知であることも、民主主義的制度の性質が、経済市場への介入をよりいっそう悪くする理由としてあげられる。商品市場における取引については、次のような考えが妥当とされることがある。『市場における財の購入にさいして、消費者の無知は問題だ。ゆえに、消費者を保護するために、民主プロセスをつうじて立法された法律が必用だ。』仮にそれが正しいならば、次のようにもいえるはずである。『よく知らない政治家や政策に賛成したり反対したりする選挙人の無知も、民主主義における重大な問題である。』さらに実際には、市場における取引は、購入した財と満足・不満足とが直結するため、財の購入にあたっては消費者は慎重に査定をすることが期待できる。これに反して、政治家や政策への投票は、成功・失敗が不明確であり、満足・不満足が測定しがたい。⁽²⁵⁾消費者の無知の問題は、民主主義的制度においてより深刻といえる。

要約すれば、民主主義的制度は、一部の声しか反映せず、しかもその声は無知な選挙民により発せられたものであり、社会実態とはかけ離れているため、民主的決定による市場介入は正当化できない、ということになりそうである。

このような欠点があるにもかかわらず、多数派は個々の集団の利害調整の実現に取り組もうとする。その取り組みはさらに深刻な問題を引き起こす。行政機構すなわち官僚の権力と比重の加速度的増大という帰結である。種々の集団の利害の調整を官僚に依存することは、人々の生活の細部にわたって権力的な介入を許すことになる。そうになると、人々は生活を豊かにするために、市場においていっそう努力するよりも、政治的縁故にはたらきかけるほうが有利だと気づくだろう。⁽¹⁸⁶⁾ 市場と異なり民主主義は、消費者の声を反映せず、消費者の深刻な無知問題に直面し、なおかつ人々の市場における生産性を低下させるのである。

このように、民主主義的制度は大きな欠点を複数かかえていることは、政治学や経済学の領域では常に強調されてきたが、憲法学においてもいくら強調してもしすぎることはない。民主主義的制度に期待される役割は、通常予想されるよりも、ずっと小さいものと考えた方がよい。⁽¹⁸⁷⁾

(186) デイヴィッド・フリードマン(森村進ほか訳)『自由のためのメカニズム』(勁草書房、二〇〇三年)四〇頁はジョージ・オーウェルを引用しながら批判をしている。また楠、前掲注(44)一七頁。

(187) 楠、同書三頁は、塩野谷祐一、J・S・ミルを引用しながら、競争を嫌う論者による競争の理解について検討している。

(188) フリードマン、前掲注(186)四〇頁の議論を参照。

(189) 塩野谷祐一『経済と倫理 福祉国家の哲学』(東京大学出版会、二〇〇四年)一七〇頁。また楠、前掲注(44)三頁。

(190) 楠、前掲注(44)一〇六頁。

(191) 萬田、前掲注(45)八二頁。

- (192) 山中、前掲注(43) 一五九頁。
- (193) 山中、同書三一頁。
- (194) ハイエク、前掲注(51) 訳書七頁。
- (195) ハイエク、同訳書七頁。
- (196) 棟居、前掲注(15) 一〇三頁。
- (197) 須網、前掲注(12) 四七頁。
- (198) 宮井雅明「反トラスツ法の原点」正田彬先生古稀祝賀「独占禁止法と競争政策の理論と展開」(三省堂、一九九九年) 一〇三頁、愛敬、前掲注(24) 一九頁。
- (199) 棟居、前掲注(11) 五五頁。社会的経済秩序は、純粋な自由競争を至上の価値とは考えず、既得権保護のために自由競争のプロセスを歪めてもよいと考えている、という。
- (200) 萬田、前掲注(45) 一八八―一八九頁。
- (201) ロスバード、前掲注(171) 五九頁注(4) は、フランツ・オッペンハイマーの次の言説を紹介している。「生きていくための手段を必要とする人間が、自分の欲求を満足させるために必要な手段を手に入れる手段には、二つの根本的に対立するものがある。それは働くことと盗むことである。自分自身の労働と、他の人々の労働の強制的略奪である。……自分自身の労働、及び自分自身の労働を他の人々の労働と等価交換することを、必要なものの満足のための『経済的手段』と呼び、他の人々の労働を一方的に取り上げることを『政治的手段』と呼ぶことを私は提案する」。
- (202) 須網、前掲注(12) 六〇頁。
- (203) 須網、同論文四九―五〇頁。
- (204) 郷原信郎「独占禁止法の日本的構造 制裁・措置の座標軸的分析」(清文社、二〇〇四年) 一五八―一五九頁。資本主義の基礎の上に福祉国家の建設を目指し、その一環として独占禁止政策に真剣に取り組んでいるのが、欧米先進国の趨勢であるとの指摘がある。
- (205) 江上勲「独占禁止法改正試案の問題点と批判——とくに憲法との関連において——」駒澤大学法学部研究紀要三三三―三五頁。
- (206) 郷原、同書一六一―一六二頁。
- (206) ハイエクの見解については、萬田、前掲注(45) 二六四―二七九頁がうまく要約している。

- (207) 楠、前掲注(143) 六五頁。
- (208) 萬田、前掲注(45) 二六八頁。
- (209) スティーヴン・ホーウィッツ「解説——ハイエク思想の核心としての『経済学』」(ハイエク、前掲注(51) 所収) 一三九頁。
- (210) Hayek, *supra* note 51, at 17. 訳書一九六頁。
- (211) HAYEK, *SUPRA* NOTE 50, at 107. 訳書一五〇頁。
- (212) 萬田、前掲注(45) 七頁。
- (213) 山崎、前掲注(53) 二五一頁。
- (214) 萬田、前掲注(45) 六一七頁。
- (215) See, Mackenzie, *supra* note 141, at 86.
- (216) オドリスコル＝リッツォ、前掲注(38) 一八六頁。
- (217) Donald Boudreaux, "Antitrust", in *supra* note 14, at 16. DiLorenzo, Thomas J. "The Origin of Antitrust: An Interest-Group Perspective." *International Review of Law and Economics* 5 (January 1985): 73-90.
- (218) 樋口、前掲注(31) 一〇一頁。
- (219) たとえば長谷部恭男『憲法』(新世社、二〇一四年) 二四七―二五二頁参照。
- (220) 中島、前掲注(23) 八七八頁。
- (221) 萬田、前掲注(45) 一一二頁。
- (222) 愛敬、前掲注(28) 二四―二五頁。
- (223) ハイエク、前掲注(51) 八四頁。
- (224) ミーゼス、前掲注(18) 三〇五頁。
- (225) ロスバード、前掲注(46) 六六三―六六四頁。
- (226) 萬田、前掲注(45) 一一二―一三頁。
- (227) 萬田、同書一一八―二〇頁。