

Title	書籍流通制度と憲法理論・ 試論
Sub Title	Essay on the framework of constitutional law for examining the distribution system of books
Author	大野, 悠介(Ono, Yusuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.39 (2018. 2) ,p.23- 57
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180207-0023">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180207-0023</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 書籍流通制度と憲法理論・試論

大野 悠介

- I 導入
- II 問題点と視座
- III 検討
- IV 結びにかえて

## I 導入

### 1 オンライン書店及び電子書籍の普及と書籍再販売価格維持制度の動揺

オンライン書店及び電子書籍により私たちはいつでもどこでも書籍を注文し読むことができ、その普及はスマートフォン等の携帯型端末の普及に伴って近年著しいように思われる。電子書籍のフォーマット形式も、かつては乱立状態であったが、2011年に国際電子出版フォーラム（International Digital Publishing Forum）がリリースしたEPUB3<sup>1)</sup>が普及し標準的な形式となったようであり<sup>2)</sup>、かかる技術面の進展も電子書籍市場の形成に寄与したと推測される<sup>3)</sup>。

- 
- 1) 日本電子出版協会 HP「いまさら聞けない電子出版のABC～ebookpedia～EPUB」[http://www.jepa.or.jp/ebookpedia/201512\\_2781/](http://www.jepa.or.jp/ebookpedia/201512_2781/)（2017年8月16日閲覧）
  - 2) 日本電子出版協会 HP「いまさら聞けない電子出版のABC～ebookpedia～電子書籍」[http://www.jepa.or.jp/ebookpedia/201507\\_2513/](http://www.jepa.or.jp/ebookpedia/201507_2513/)（2017年8月16日閲覧）
  - 3) フォーマット形式の乱立が市場形成を抑制することについて、植村八潮「デジタル読書のための技術と標準化」出版研究37号（2006年）51頁。

他方でオンライン書店及び電子書籍の普及は、既存の書店の存在理由を揺るがしている。時・場所を問わず注文しまたは読むことができるならば、既存の書店に向かう必要があるのか、という疑問が生じるのは必至である<sup>4)</sup>。

かかる書籍市場の変化に対して、通常であれば小売商たる書店はオンライン書店との提携、価格やサービスでの差別化など、生き残り戦略を多様に取捨選択していくはずである。しかしながら、日本において書店は事実上書籍の値引きができないため、戦略の幅が狭められている<sup>5)</sup>。その事実上の値引き規制をもたらしているのが「再販売価格維持制度」<sup>6)</sup>である。

## 2 本稿の意義

以上のように、書籍再販売価格維持制度はオンライン書店及び電子書籍の普及による流通市場の変化に伴ってその正当性について見直しを余儀なくされている。しかしながら、同制度に関する研究はその多くが経済学、社会学、経済法学におけるものであり、それらの活況に比較すれば、憲法学からの検討はあまり多くないというのが現状であろう<sup>7)</sup>。また、同制度について憲法的観点から論じるものであっても、それらはいずれも表現の自由や民主主義、「多様性」という点からの正当化を論じており、「小売商の自由な価格決定を妨げている」という同制度の基本的な要素を欠いている。この要素に着目すれば、営業の自由がメインに採り上げられても不自然ではないが、管見の限り営業の自由との関係で論じるものはない<sup>8)</sup>。

---

4) この疑問を提示し、新たな書籍流通の展開を指摘するものとして、湯浅俊彦「日本の出版流通におけるデジタル化とコンテンツ流通の展望」出版研究 37号（2006年）61頁。

5) もっとも、大規模書店ではフェアを実施して展示の効力を上げるなど、客と書籍との偶発的な遭遇の機会を増やす戦略を採用しているように思われる。その偶発性は未だオンライン書店には十分でない要素であり、ひとまずの差別化ができています。またジュンク堂では、書店に宿泊する企画や婚活企画などを行っている。さらには、時限再販を実施している書店もある。

6) 再販売価格維持制度とは、「生産者や販売業者が、自己の供給する商品の再販売価格（買手の販売価格）を規制することにより、その商品の価格維持をはかる」制度である（今村成和「再販売価格維持と独占禁止法制」経済法 9号（1966年）2頁）。

もつとも、日本ではフランスと異なり書籍再販売価格維持を法律で強制しているわけではなく許容しているにとどまるため、同制度は私人間の問題にとどまり、公権力が営業の自由を阻害しているという形での憲法問題として論じることが難しいという側面はあるかもしれない。しかしながら、独禁法は再販売価格維持行為に公正競争阻害性のあることを前提としており<sup>9)</sup>、書籍市場においても同行為が公正競争を阻害するのだとすれば、それを許容することも国家はすべきではなく、積極的にこれを禁止すべきなのではないか。かかる行為の“許容”をも憲法上の問題として論じる枠組み・視座をどのように設定するか。

本稿は、従来の憲法上の議論において語られることの少なかった、書籍再販売価格維持制度の許容にスポットを当てて、一つの視座を提供する試みである。経済学、経済法学、社会学の議論の蓄積があることは承知しているが、門外漢である私がそれらの議論を正確に理解し批判し結論を出すことは到底かなうことではなく、本稿の意義の大部分は、書籍再販売価格維持制度の許容を素材として、主として経済的自由・秩序と国家との関係を憲法学として検討する視座、すなわち「憲法理論」<sup>10)</sup>を提供することにある。そのため、書籍再販売価格

7) 新聞の再販売価格維持制度については、浜田純一「憲法が『規制緩和』に優越するとき」新聞研究 534 号（1996 年）13 頁、新聞再販問題研究会「憲法から見た新聞という存在」新聞研究 549 号（1997 年）10 頁、山田健太「新聞再販制度に関する一考察——プレスの社会的役割及び憲法の視点から考える」マス・コミュニケーション研究 51 号（1997 年）196 頁。著作物については、清水英夫「表現の自由と著作物の再販制度」図書 586 号（1998 年）10 頁、山田健太「出版の自由の制度的保障——デジタル時代の言論の多様性の意味」出版研究 37 号（2006 年）29 頁。また、基本権理解における峻別の思考と非峻別の思考の対立の例として再販制度を取り上げるものとして、小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社、2004 年）がある。

8) この点で興味深いのは、「小売店から小売価格を自由に決める権利を取り上げてよいか否か」を議論すべきだとする中条潮（経済学者）と、文芸家協会の立場から再販売価格維持制度を日本の書籍流通文化として擁護するかのよう述べる江藤淳（日本文芸家協会理事長（当時））とのかみ合わない論議である。金子見ほか「座談会 出版物の再販売価格維持制度の見直しをめぐって」三田評論 1996 年 2 月号 4 頁。

9) 正田彬ほか「〔座談会〕出版物の法定再販制度について」ジュリ 1086 号（1996 年）14 頁〔正田発言〕。

維持制度の合理性については必要な限りでしか触れることはできない。

### 3 本稿の構成

かかる問題関心にこたえるため、本稿では先ず再販売価格維持制度の内容と問題点を、経済学及び経済法学の知見を参照しながら概観する（Ⅱ 1）。その後本稿の採用する視点として社会学の知見を紹介する（Ⅱ 2）。そして、その視点を手掛かりに憲法理論を提供する（Ⅱ 3）。

次いで、具体的な検討として、書籍再販売価格維持制度を上記視点からいかに考えることができるのかを述べる（Ⅲ）。

## Ⅱ 問題点と視座

### 1 再販売価格維持制度の概要

#### (1) アメリカ、フランス、日本

まず、再販売価格維持制度について各国の状況を概観する。もっとも、本稿は諸外国法との比較ではなく、書籍流通市場への国家の干渉を検討する視座を書籍再販売価格維持制度という問題を契機に提示することを目的としているため、踏み込んだ紹介及び検討はせず、先行研究に依拠した簡便なものにとどめる。ここでは再販売価格維持制度を法定していないアメリカ、それを強制しているフランス、そしてそれを許容する日本の状況を示す。

再販売価格維持制度とは「生産者や販売者が、自己の供給する商品の再販

---

10) ここで「憲法理論」とは、①「制定時の所与の憲法典に内包された思想そのものとは一定の距離を保った憲法に関わる学問的な思考であって」、②「絶え間なく変化を続ける政治的経済的法的社会的外部環境との適切な対応性を確保しつつ」、③「憲法解釈の行われるべき様々な場面では、ad hocではなく体系的な仕方で一定の解釈理論の枠組の構築を促すポテンシャルを有し」、④「憲法改正にかかわる場面では提出されてくる改正案についての評価の基準として機能し……あるべき憲法改正の方向性の示唆をもたらし得る首尾一貫性を備えた思考」である（山元一「近未来の憲法理論を考える」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011年）92頁）。

売価格（買手の販売価格）を規制することにより、その商品の価格維持をはかる」制度であり、同制度への対応は国によって異なる<sup>11)</sup>。

アメリカ<sup>12)</sup>では、イギリスのコモンローにおける取引制限行為規制の思考を継承し立法化した反トラスト法（The Federal Antitrust Laws）の中核に位置するシャーマン法（Sherman Act）によって規制され、かかる法規制下での判例法に変遷がある。まず、製薬会社が小売業者等との間で最低再販売価格を義務付ける契約をしたことが争われた1911年のDr. Miles事件<sup>13)</sup>が、再販売価格維持行為を「当然違法」とした判例と理解され、先例的価値を有すると受け止められた<sup>14)</sup>。しかし、コルゲート社事件（1919年）<sup>15)</sup>、シルベニア社事件判決（1977年）<sup>16)</sup>、カーン事件判決（1997年）<sup>17)</sup>を経て、2007年のリージン事件判決<sup>18)</sup>は再販売価格維持行為にも「合理の原則」を適用すべきであるとして、Dr. Miles事件を判例変更した。この変遷は、再販売価格維持制度を「当然違法」とする正統派的な思考、つまり所有権を小売商に移転した以上は小売商の

11) 各国の比較については、梶善登「諸外国の書籍再販制度——理論と実践——」レファレンス699号（2009年）65頁の表を参照。

12) 以下の記述は、谷原修身「米国における再販売価格維持行為規制の再検討——最近の判例変更を契機として——（1）～（3・完）」青山法学論集50巻1号（2008年）1頁；2号（2008年）107頁；3号（2008年）35頁、同「米国における再販売価格維持行為規則の展開——Leegin判決後の再販規制基準構築に関する争点整理——」青山法学論集53巻1号（2011年）59頁に依拠する。最近の著作から、久保成史『アメリカ反トラスト法における合理の原則』（中央経済社、2017年）143頁以下も参照。

13) Dr. Miles Medical Co. v. John D park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

14) もっとも、本判決自体は「当然違法」という言葉を使用していないことなどから、本判決についてそのように理解することは誤っており同判決を再評価すべきであると指摘するものとして、滝澤紗矢子「再販売価格維持行為規制に関する一考察——Dr. Miles Medical Co. v. John D. park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)の再検討（一）～（三・完）」法学（東北大学）78巻6号（2014年）31頁；79巻4号（2015年）39頁；80巻3号（2016年）1頁。

15) United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

16) Continental T.V Inc. v. GTE Sylvania Incorporated, 433 U.S. 36 (1977).

17) States Oil Company v. Barkat U. Kahn U.S., 522 U.S. 3 (1997).

18) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSDKS, Inc., 551 U.S. (2007).

処分にメーカーは関与できないが故に再販売価格維持行為は水平的価格協定と同様に小売商レベルでの競争を制限しているという理解から、再販売価格維持行為のもたらす流通上の効率性を考慮するシカゴ学派に近い思考へとシフトした、と理解される。

フランス<sup>19)</sup>は再販売価格維持制度一般を原則として禁止しているものの、1981年にいわゆる「ラング法」<sup>20)</sup>を制定し、「書籍を発行しまたは輸入するすべての自然人または法人は、その出版しまたは輸入する書籍について、公に販売する価格を定めなければならない」と定め、定価設定を発行者及び輸入者に義務付け、小売商については5%までの割引しか認めない(1条)。もっとも一定期間経過後の自由価格での再販(時限再販)を認めている(5条)。さらに、電子書籍については2011年に「電子書籍価格規制法」<sup>21)</sup>を定め、電子書籍についても発行者が価格を決定することを定めている(2条)。もっとも、電子書籍については割引や時限再販の制度はない。さらに2014年7月、フランスはいわゆる「反アマゾン法」<sup>22)</sup>を定め、「ラング法」1条に次のような条文を加えた。「書籍が買主に配送され、小売業者の店頭で受け取られない場合には、書籍の販売価格は出版社または輸入業者が定める価格とする。小売業者は自ら定める配送サービス料から、書籍の定価の5%に相当する金額まで値引きすることができるが、配送サービスを無料で提供することはできない」<sup>23)</sup>。これによって、アマゾン等のオンライン書籍販売業者は送料無料サービスを提供でき

---

19) フランスの状況については、服部有希「【フランス】電子書籍の価格規制に関する法律」外国の立法250-1(2012年)、同「フランスにおける電子書籍の価格規制——電子書籍と再販制度について——」同252(2012年)176頁、永澤亜季子「フランスにおける書籍の価格規制と反アマゾン法」Law and Technology No.65(2014年)119頁、曾我部真裕「フランスの『反アマゾン法』と書籍再販制度」法教412号(2015年)44頁を参照。

20) Loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre.

21) Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique.

22) Loi n° 2014-779 du 8 juillet 2014 encadrant les conditions de la vente à distance des livres et habilitant le Gouvernement à modifier par ordonnance les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition.

23) 和訳については、永澤・前掲注19)119頁及び曾我部・前掲注19)44頁を参考にした。

なくなった。フランスがこのように再販売価格維持制度を法定した理由は文化政策である。具体的には、書籍の有する文化財の性質を考慮して市場メカニズムを修正し、書籍をあらゆる場所で均一の価格で購入できること（国民の平等）、書籍の流通網を行き渡らせ誰しもが書籍を購入できること（販売網の維持）、難解な文芸作品や専門書の著者や出版社が活動を維持できるようにすること（創作と出版の多様性の維持）が目指されたのである<sup>24)</sup>。

日本は、再販売価格維持行為を「不公正な取引方法」として禁止するが（独禁法2条9項4号、19条）、著作物については、一般消費者の利益を不当に害せず、また生産者の意図に反しない限りで、適用除外とされている（法定再販。同法23条4項、同条1項但書）。日本の場合にはフランスと異なり、「著作物を発行する事業者又はその発行する物を販売する事業者が、その物の販売の相手方たる事業者とその物の再販売価格を決定し、これを維持するためにする正当な行為」については「適用しない」とするだけであり、再販売価格維持制度を法律上強制するわけではない。このような規定に至るまでの経緯について次に紹介する。

## (2) 日本における経緯<sup>25)</sup>

独禁法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）が制定されたのは1947年だが、当初は再販売価格維持制度についての条文はなく、それが挿入されたのは1953年改正時（昭和28年9月1日法律第259号）である<sup>26)</sup>。

24) 曾我部・前掲注19) 41頁、服部(252)・前掲注19) 178頁。なお、ドイツにおいても出版物の再販制度については文化政策的見地から認められていた（伊従寛「流通含め『報道の自由』を保護——ドイツの出版物再販制度改定にみる意義付け」新聞研究626号(2003年) 66頁）。

25) 以下の記述は、清田義昭「日本における再販制度問題の経過と結論」出版研究32号(2001年) 161頁に依拠している。なお、ここに記した以外の日本における経緯、及び書籍流通の実態については、石岡克俊『著作物流通と独占禁止法』（慶應義塾大学出版会、2001年）に詳しい。

26) なお、「不公正な取引方法」が明記されたのは2009年改正時（平成21年6月10日法律第51号）である。

その後、高度経済成長政策に伴う物価対策の一環として、物価の高値安定をもたらしていると目された再販売価格維持行為が問題視され見直しが検討された。1978年10月11日の記者会見において橋口収・公取委員長（当時）が再販制度全廃の方針を述べ、当面は書籍・レコードについてその弊害を調査した上で独禁法の改正を目指す方向を示した<sup>27)</sup>。

1995年の閣議決定を受けて同年7月に出了れた再販問題検討小委員会の中間報告では、著作物再販制度を維持する理由はないとされた。この中間報告は出版業界に衝撃を与え、再販制度に関する大きな議論を呼んだ。そこで反論として提出されたのは、第一に経済合理性を強調する議論、第二に文化的意義を強調する議論である。前者は要するに、価格が固定されていない場合、高度なサービスを提供している書店で書籍を探し、そこよりも安価で売っている書店で買うという購買行動を消費者がとることが考えられるところ、これは後者の書店が前者のサービスにタダ乗りしているということであり、価格の統一はこのような事態を防ぎ以て書店間の適切な競争を促すという議論である。後者については、書籍が市場のロジックに巻き込まれたならば売れ筋商品ばかりが店頭並ぶこととなり、専門書といった少数のもののは店頭並ばなくなってしまうため消費者の文化接触の機会が減退してしまうというものである。

1998年、再販問題検討のための政府規制等と競争政策に関する研究会の提言を受けて公取委が出した「著作物再販制度の取扱いについて」（平成10年3月31日）<sup>28)</sup>では、同研究会が①著作物再販制度は基本的に廃止すべきこと、②「間接的ではあれ著作物再販制度によってこれまで著作権者等の保護や著作物の伝播に携わる者を保護する役割が担われてきているという点については、文化・公共的な観点から、配慮する必要がある、したがって著作物再販制度を直ちに廃止することには問題があると考えられる」こと、③各業界の主体的な弊害の是正を促すべきことを提言したため、「著作物再販制度については……

---

27) 「再販制全廃の方向 公取委員長 まず書籍・レコード 再販制廃止問題」朝日新聞 1978年10月12日朝刊1頁。

28) <http://www.jbpa.or.jp/nenshi/pdf/0106.pdf>（2017年8月17日閲覧）

競争政策の観点からは、廃止の方向で検討されるべきものであるが、本来的な対応とはいえないものの文化の振興・普及と関係する面もあるとの指摘もあり……一定期間経過後に制度自体の存廃についての結論を得るのが適当」とし、また「再販制度の運用が不当に消費者利益を害することのないよう……硬直的・画一的な再販制度の運用の是正を図る」とした。これを受けて出版業界も、自由価格本フェアを行うなど積極的な対応をした。

そして、2001年3月23日に出された「著作物再販制度の取扱いについて」<sup>29)</sup>では、著作物再販制度は競争政策の観点からは廃止すべきではあるとしても「同制度が廃止されると、書籍・雑誌及び音楽用CD等の発行企画の多様性が失われ、また、新聞の戸別配達制度が衰退し、国民の知る権利を阻害する可能性があるなど、文化・公共面での影響が生じるおそれがある」という意見があり、同制度廃止についての国民的合意が形成されていないとして、「当面同制度を存置することが相当である」と結論付けた。ここに至って1978年の橋口発言から始まった一連の再販制度見直し論議が一応の決着をみて、今日に至っている。

以上の経緯からわかるように、日本の論理においては、著作物再販制度は競争秩序を害すると認定され、その上で、文化政策として同制度を独禁法において許容している。

## 2 社会学から

### (1) 視座の曖昧さ

さて、このように経済政策と文化政策の両方にまたがる書籍再販売価格維持制度の“許容”を憲法の観点からいかに理解するか。

新聞については、国民の知る自由ひいては民主主義と関連付け、新聞がそれらを支えるメディアでありそれが広く均等に行き渡ることを支えている制度として再販売価格維持制度を許容するのが通常であると思われる<sup>30)</sup>。つまり、

29) <http://www.jftc.go.jp/hourei.files/chosakuken.pdf> (2017年8月17日閲覧)

30) 例えば、山田・前掲注7)。

新聞を自由市場経済の論理に任せると全国に均一かつ均等に新聞が行き渡らない恐れが生じるため、その弊害を除去するために制度を積極的に保護しようとするのである。国家が知る自由や民主主義制度を積極的に保護する役割を有しているかは措くとしても、その論理であれば、むしろ国家が強制することまで要請されることになるが、そこまでの言及はなされていない<sup>31)</sup>。書籍再販売価格維持制度を文化政策によって基礎付ける論理も同様であるものの、書籍の場合、新聞のように民主主義との繋がりが必ずしもないためその流通保護が国家の役割かどうかは新聞以上に曖昧である。

しかしながら、一定の場合に国家が文化政策を講ずべきことそれ自体は必ずしも否定されないであろう。例えば、図書館を正当な理由なく閉鎖したり、その蔵書を廃棄することは非難の対象となると思われる。問題は、それを分析する視座（憲法理論）が不明瞭ないし不存在なところにある。

憲法理論は、社会的外部環境との適切な対応性を要求される<sup>32)</sup>。そしてその対応性確保の前提となる現実認識それ自体が一定の社会理論（社会像）の枠組みを忍ばせている。その社会学的枠組みが変化すれば現実認識も変化し、それに伴って憲法理論も変化せざるを得ないであろう。では、本稿の提供する憲法理論が前提とする社会学的枠組みは何か。その枠組みとして社会学者である佐藤郁哉の枠組みを紹介し、それを憲法理論にどう消化できるかを以下検討する。

## (2) 佐藤郁哉の枠組み

社会学者佐藤郁哉は、文化生産と商業主義をテーマとし、演劇や学術出版についての実証的研究を行った<sup>33)</sup>。そこでは、商業主義すなわち「何よりもまず利潤を先行させて考える思考様式ないし行動原理」<sup>34)</sup>によって芸術や硬派

---

31) 石岡はこの点を指摘している。石岡・前掲注 25) 83 頁脚注 65。

32) 山元・前掲注 10)。

33) 特に、佐藤郁哉「文化生産と商業主義」一橋大学研究年報商学研究 37 卷（1996 年）67 頁、同「学術出版をめぐる神話の形成と崩壊」同 43 卷（2002 年）73 頁。

出版（「芸術性の高い文芸書や教養書あるいは学術書などの出版を中心とする出版社」<sup>35)</sup>）といった文化が浸食され、それらが陳腐化されているという主張に対する批判的検討がなされていた。ここでは佐藤の研究を概観し、そこに在る社会学的枠組みを抽出する。

(i) 芸術と商業主義<sup>36)</sup>

まず、演劇という「高級文化」が商業主義によって俗化した、という見解に対して、佐藤は、商業的なものがむしろ芸術をその生産を支配していた力から解放し、また〈経済的なものから自律的な芸術〉という思考自体が商業的なものの力によって形成されたことを示し、「芸術、商業という概念について、それぞれを抽象的で総称的なカテゴリーとして論ずることが殆ど無意味である」とする。

そこで佐藤が分析の視座として据えるのが「文化生産論」である。文化生産論においては、芸術作品の製作だけでなく、マーケティング、流通、展示、教育、評価、消費をも「生産」として広く捉え、文化の内容がかかる生産を内包する社会的文脈 (milieu) によっていかに影響されているかを分析の対象とする理論的視座を提供する。かかる理論的視座からすれば、「演劇生産のエコロジーを構成する人々、集団、組織は、個々の作品をつくるだけでなく、個々の作品の制作作業と意味づけ・価値づけの作業を通して……芸術についての『状況の定義』ないしは理念的枠組みを形成し維持し、ある場合には、それを作り変えていく作業を行っている」と見ることが出来る」。そして、芸術界が「美」という価値を生産し、評価し、報酬を与える独自システムを有する点で商業から自律しているといっても、それは完全なものではなく、国家や社会のエリート層からの法的ないし経済的支援があり、芸術界はその支援と引き換えに「文化資本」を提供するのである。

34) 佐藤（1996年）・前掲注33）67頁。

35) 佐藤（2002年）・前掲注33）77頁。

36) 以下の記述は、佐藤（1996年）・前掲注33）。

ここで「状況の定義」とは、「検証可能で客観的な意味で存在する状況」と「関与する人々にとって存在するように見える」主観的状况を含む「全体的な状況」であり、その状況が構造として人々を「規定しつつ同時に構造を支えていき、ある場合にはそれらを変えていく行為の実践を理路の射程にとらえる」概念である<sup>37)</sup>。また、「界」とは、フランスの社会学者ピエール・ブルデュー（Pierre Bourdieu）の用語であり、「さまざまな資本をめぐって闘争や競争がくりひろげられる客観的な社会関係の場」である<sup>38)</sup>。

佐藤の視点からは、「美」を巡る領域に関与する人々が、その状況に規定されつつ規定する動的な世界が描かれているといえよう。

(ii) 学術出版と読者マス化論<sup>39)</sup>

他方、学術出版についても芸術界における商業主義化と似たような議論がある。つまり、学術書のような硬派な出版が不況となっている原因は「読書人階級」の解体とそれに伴う書籍の大衆消費財化であるとする「読者マス化論」である。

佐藤は、「読者マス化論」は出版社を中心に生産を語っており、本来書籍生産に関与している著者や読者についての分析が不十分であると指摘している。つまり、学術出版というのが、出版界の思惑ないし利害関係と学術界のそれとが織りなすダイナミックな相互作用によって産出されるものであるという視点が欠けており、かつ「文化生産」の中で存在する読者の分析（例えば学校界の実態）が不十分であるというのである。ここでは、芸術界と同様の文化生産論的発想から「読者マス化論」の問題点が指摘されている。

(iii) 佐藤とブルデュー<sup>40)</sup>

そのような図式を描いた上で、佐藤は「学術出版にかかわるさまざまな社会

---

37) 佐藤郁哉「主体と構造」社会学評論 41 卷 4 号（1991 年）346 頁参照。

38) 佐藤（2002 年）・前掲注 33）106 頁。

39) 以下の記述は、佐藤（2002 年）・前掲注 33）77-95 頁。

的世界の構成とその相互の関連性について統一的な視点から吟味していく上できわめて重要な示唆を与えてくれる」ものとして、ブルデューを紹介する。

ブルデューは、従来の「ミクロ社会学——行為論——主観主義——ウェーバー」対「マクロ社会学——構造（目的論）<sup>41)</sup>——客観主義——デュルケーム」という二項対立を乗り越える社会行為理論を構築している。具体的には、ブルデューは、「さまざまな資本をめぐる闘争や競争がくりひろげられる客観的な社会関係の場」である「界」を想定し、その「界への参加それ自体の前提条件ともなり、また界におけるそれぞれの行為主体の認知様式や戦略の在り方を規定する構造的要因」たる「ハビトゥス」を想定する。彼の後継者と目されている、フランスの社会学者ベルナル・ライール（Bernard Lahire）の見解で補足すれば、「界」は文脈として客観性を有し、「ハビトゥス」は行為者が各々の文脈からそれまで獲得し内化したものであって主観性を有するのであって、実践とは「界」と「ハビトゥス」から成るものである<sup>42)</sup>。

佐藤によれば、かかる社会行為論の下で、ブルデューは、「『経済的経済』を律するロジックとは異なるタイプのロジックが支配し、非経済的なものも含めて複数のタイプの資本をめぐる闘争や競争が展開されるさまざまな社会的世界ないし場が『界』として成立する」と主張した。ブルデューにおいては、そのような非経済的な場でも（再）投資の原資となり交換行為を通じて獲得・消失または競争・闘争の対象となる資本が存在し、それを示す概念が「象徴資本」（威信、名声、名誉など）や「文化資本」（文化的素養、文化的知識、能力の総体）である。経済的資本は種々の資本の一部に過ぎない。そして、この経済的資本と非経済的資本は転換しうる。例えば、営利企業であっても自身の経済的資本を非営利活動に投資し威信やブランドイメージ、名声といった非経済的資

40) 以下の記述は、佐藤（2002年）・前掲注33）103-111頁。

41) 「行為論 vs 目的論」という軸として述べているのが、ルーマンである（ニクラス・ルーマン（著）、馬場靖雄＝上村隆広（訳）『目的概念とシステム合理性』（勁草書房、1990年）参照）。

42) ベルナル・ライール（著）・鈴木智之（訳）『複数の人間』（法政大学出版局、2013年）、同（著）・村井重樹（訳）『複数の世界』（青弓社、2016年）参照。

本を得ることで、経済的資本をより多く獲得することもあるのである。

以上のブルデューを通じて、学術出版に関するさまざまな行為主体の行動原理と社会的世界の制度的枠組みとの関連について、佐藤の述べるところを本稿に関係する限りで抽出したものが以下である。

- ①「行為主体の利害関心は……行為主体が所属する社会的世界の制度的枠組によって形成、強化され」その利害関心には経済的なものと非経済的なものがある。
- ②「行為主体はそれぞれの社会的世界の制度に特徴的なロジック……に一挙手一投足をプログラミングされている」のではなく「基本的にはさまざまな戦略を駆使して経済的あるいは非経済的な利得を追究する」のであって、「社会的世界を律する制度的ロジックは自動機械の動きを厳格に規定する精密プログラムと言うよりは、むしろゲームのルールのような性格をもっている」。
- ③このように行為主体が拘束されないうで行動できる理由の一つは「行為主体が複数の社会的世界に関わり、またその複数の世界を行き来することが出来るからである」。行為主体は各世界のロジックの矛盾に苦悩することも、逆にそれを利用することもある。

(iv) 佐藤と書籍再販売価格維持制度<sup>43)</sup>

文化生産論、「状況の定義」、そしてブルデューという視座から、佐藤は書籍再販売価格維持制度をどう分析するのか。

まず佐藤は、「さまざまなタイプの行為主体が蓄積し、かつ何らかの利得を最適化することを目的として投資・再投資することができる経済資本と非経済資本の組み合わせ」を「ポートフォリオ＝資産の組み合わせ」として理解し<sup>44)</sup>、出版物の「生産」に関わる行為主体の行動分析のために「ポートフォリオ戦

---

43) 以下の記述は、佐藤郁哉『『複合ポートフォリオ戦略』と出版物再販制度』一橋研究年報商学研究 44 巻（2003 年）91 頁。

44) 佐藤（2002 年）・前掲注 33）113 頁。

略」を用いる。というのも、異なる世界間を往来し多様な資本を有する行為主体の行動の底には「しばしば、経済資本と文化資本や象徴資本という異なるタイプの資本を組み合わせ、それらを蓄積・投資・再投資することによって、単に経済的利得だけでなく象徴的利得をも得ようとする」発想があり、出版物の「生産」に関わる行為主体についても「経済活動の主体であるとともに、文化活動の主体であるという意味で二重の性格を持つ」行為主体であるが故にしばしばそのような「ポートフォリオ戦略」を採るからである。

次いで佐藤は、ヒューリスティックな関係図式として「構造・制度・行為主体」を項とする「三項関係図式」を示す。この「構造・制度・行為主体」の三項関係は、「ゲームの場・ゲームの規則・ゲームのプレイヤー」として捉えられるものであり、「構造」とは「複数の行為主体……のあいだで形成される影響関係の場に特有の構造的特質」（支配—被支配関係、諸資本の分布状況など）、「制度」とは構造の在り方を「一方では規定し、他方ではそれによって規定される」もの（法律などの規制的ルールや価値体系、制度固有のロジックなど）、「行為主体」には利害関係やハビトゥス、戦略などが含まれる。

その上で佐藤は、書籍再販売価格維持制度について検討する<sup>45)</sup>。出版に関する行為主体である出版社や著者は、複数のロジックに行動を規定されているからこそ、売れ筋の商品のみを売るのではなく、学術書のような商品をも重要視している。そして行為主体はこれらのロジックを知っているが故に、それを組み合わせて状況に対応するなど、それらを資源として活用しうる。その現われが、書籍再販売価格維持制度見直しの動向に対抗して出版業界から提出された、経済合理性を強調するロジックと文化的意義を強調するロジックの二つであった。

佐藤は書籍再販売価格維持制度の法定化の際に後者のロジックは意図されておらず「後づけ的な説明」であるとし、再販売価格維持制度が結果として文化

45) 佐藤は、制度化（1953年～1978年）・新制度導入の失敗（1978年～1990年前後）・制度解体の徴候（1990年前後～現在（当時））と時期を分けて実証的な考察をしているが、本稿では取り上げない。

的役割を果たしているに過ぎないとする。後者のロジックの主張は、学術書のような書籍を出版する硬派出版社など「出版文化」のロジックを有する行為主体が、「出版産業」のロジックで運用されている書籍流通システムに「便乗」する形で採用した「複合ポートフォリオ戦略」と理解することができる。取次・書店主導で商慣習化された書籍再販売価格維持制度が脅威にさらされたときに反論として出されたロジックは、出版産業の「極めて小さなサブセクターを支えてきた出版文化のロジックなのであった」<sup>46)</sup>。

#### (v) 佐藤の世界観

以上、佐藤の議論をやや詳細に追ったが、そこから見えてくるのは次のような世界観である。つまり、異なったロジックで動く多様な世界があり、それを往来しつつ自身の身に付けたロジックを組み合わせて競争する行為主体がある、そんな世界観である。そして、その行為主体はただ身に付けたロジックを使うだけでなく、時には新たなロジック（状況の定義、価値体系）を作り出す、そのような動的な世界観である。

### 3 憲法論へ

#### (1) 社会学と憲法学

これまでは佐藤社会学を概観し、そこには一貫して一つの動的な世界観があるのを見た。このような世界観は、佐藤がブルデューを下敷きにしているように決して特異なものではない。しかしながら、本稿は法社会学ではない憲法学を想定しているため、佐藤のように構造・制度・行為主体を実証的に検討することは目指していない。

もっとも、その動的な世界観自体は魅力的である。では、このような世界観を基盤とした憲法理論を構築できないか。そこで、媒介項として第三共和政期

---

46) 佐藤は、「われわれの再販論議は文化財を対象にはいるが、論争の中身はすぐれて経済的なものである。公取とは経済の論理で徹底的に争うべきだろう」という箕輪成男の言を好意的に紹介している。

フランスの公法学者モーリス・オーリウ (Maurice Hauriou) が見ていた世界を検討する。彼は磯部力が指摘するように、「基本命題からの演繹的な論理展開を排斥し、社会の諸力の矛盾と均衡をありのままに直視した上で、多元的方法で理論構成しようとした<sup>47)</sup>」のであり、その直視方法として社会学を導入したのであった。それはまさに本稿でいう一つの憲法理論であり、本稿の狙いは、オーリウの社会学的枠組みを現代版にバージョンアップし、オーリウ憲法理論を再構成することによって、新たな憲法理論を提供することにある。

## (2) オーリウの世界観

オーリウ (1856年-1929年) は第三共和政期フランスにおいて活躍した公法学者である。その主要な業績は行政法学の体系化と判例研究にあるが<sup>48)</sup>、憲法学者としても活躍した。

日本の憲法学におけるオーリウ研究<sup>49)</sup> は主としてその独特な国家論、つまり制度体 (Institution) 論に集中しており、その社会学や哲学は制度体論の中で理解されているものの、オーリウ理論の基礎にあるはずの世界観ないし“社会像”は、トマス主義との関連が指摘され<sup>50)</sup> それが共通理解とされているだけであり、まだ十分な検討がなされているとは言い難い。もっとも、本稿でその“社会像”を十分解明することはできず、ここでは一先ず上記世界観と整合的な憲法理論の可能性を考察するにとどまる<sup>51)</sup>。

47) 磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁ほか著『フランス行政法学史』(岩波書店、1990年) 254-255頁。

48) 行政法におけるオーリウの業績については、磯部・前掲注47)、橋本博之『行政法学と行政判例—モーリス・オーリウ行政法学の研究』(有斐閣、1998年) 参照。

49) 例えば、今関源成「レオン・デュギ、モーリス・オーリウにおける「法による国家制限」の問題 (一)・(二)」(早稲田法学 57巻2号 (1982年) 31頁; 58巻1号 (1983年) 105頁)、小島慎司『制度と自由』(岩波書店、2013年) や時本義昭『法人・制度体・国家』(成文堂、2015年)。

50) 水波朗『トマス主義の憲法学』(九州大学出版会、1987年) 参照。

51) 今後、オーリウの違憲審査制論を中心にその社会像を検討する予定であり、本稿ではその全体像を俯瞰する予備的考察を示すにとどめる。

(i) 理念、制度体・国家

オーリウの制度体は要するに法人であり<sup>52)</sup>、その基礎に理念 (idée) がある。理念には客観的理念と主観的理念が存在するが、客観的理念は自然人が認識し尽くすことはできず、それを概念化して把握することしかできない<sup>53)</sup>。その概念化した理念が主観的理念である。

制度体の設立は、まず客観的理念に導かれて人々が集い意思決定機関を中心とする機関が形成され (化体段階)、理念を概念化するところの規約を起草するなどしたのちに構成員による一体性の表出がなされる (人格化段階) ことで、この客観的理念が法人格に埋め込まれる (内化) プロセスを経る<sup>54)</sup>。

国家もまた制度体である以上何らかの客観的理念を前提としてのみ存在する。その理念に反することをすれば構成員の承認を得ることはできず、そのときは継続性がその行為において否定されることになろう。しかし、構成員も客観的理念を全的に把握できないのであるから、その承認があるからといって国家の行為が客観的理念に沿うということにはならない。オーリウが法の支配の下、裁判官を法律の上／原理の下に位置付け、違憲審査制度を肯定したのも当然の帰結であったのではないか<sup>55)</sup>。ただし、この裁判官すら客観的理念 (原理) を全的に把握しているわけではないだろう。もしそれが可能だと想定するならば、「法の支配」は名実ともに「裁判官の支配」でしかない<sup>56)</sup>。

---

52) 時本・前掲注 49) 168 頁。

53) 「〔各々の構成員 (adhérents) の〕主観的解釈 (glose subjective) にもかわらず、社会的環境において生じる事業の理念は客観的存在を保持するが、この実在性によってこそ、〔事業の理念は〕溶けたり消えてなくなったりすることなく、一方の精神から他方の精神へと移りながらも各々に異なって屈折する〔傍点は筆者〕」(Maurice Hauriou, “La théorie de l’institution et de la foundation. Essai de vitalisme social”, *Cahiers de la nouvelle journée* N°4, 1925, p.15)。

54) 「諸団体的制度体は化体 (l’incorporation) という現象を蒙る。それは諸制度体を人格化 (personnification) へと至らせる。この2つの現象それ自体は、内化 (intérieurisation) の動きに従属している。それは事業の指導理念の中で、最初に意思の権力を備えた統治機関が現れ、次いで集団構成員の一体性の表出 (les manifestation de communion) が現れる」(*Ibid.*, p.21)。

逆に言えば、国家としては構成員が同意するような理念を実現するように振る舞うこととなる。これはイエリネックの自己拘束論とは異なる。国家は制度体として継続するため当然に構成員の承認を得られるように振る舞わざるを得ないのである<sup>57)</sup>。

## (ii) 動的均衡と動態的世界観

もともと、客観的理念は制度体による概念化から常に滲出するのであり、国家による概念化から理念は常に逃げ続ける<sup>58)</sup>。しかし、これは「自由に」「生きる」ことには必要なのである。オーリウにとって停滞は隷属を意味し、停止は死を意味する。遊牧民は政治的制度体によるルールの保障がないためその日暮らしであり倫理的ではなかったものの自由ではあった。しかし土地に縛られ、隷属することとなるのである<sup>59)</sup>。そのため移動するということは自由を意味していた。また、上述のように、制度体も死ぬ。死は動かなくなることでありとすれば、動き続けることがその生命を保つことになるのである。構成員は制

55) 「裁判官の状況はこの一世紀で非常に改善された。我々は次の決まり文句を繰り返すことが出来る。裁判官は“法律の上であり、原理の下にある”(au-dessus de la loi et au-dessous des principes)。換言すれば、裁判官は、創造的かつ合理的な解釈によって得られた法の適用により、法律をして原理や正義に服従せしめることを恐れない……コンセイユ・デタも……テキストの外でより自由に自ら動くことができる」(Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel* 2<sup>de</sup>, Sirey, 1929; rééd., Dalloz, 2015, p.236)。

56) 「法律の支配ないし法の支配の下にあると断言する (se vante) 場合……それは実際には裁判官による統治を意味している」(Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel* 1<sup>ère</sup>, Sirey, 1923, p.253)。

57) 「自由な自然人たる服従主体自身は、彼らにとって秩序を形成するものである (être conformes à l'ordre) ように見える命令にしか自発的には従わない……継続を望むあらゆる権力は、したがって、服従主体を反抗にまで押しやるほどに自然法から逸脱するということがないように物の秩序 (un ordre des chose) と実定法を創出することを強いられる」(Hauriou, *supra* note 55, p.16)。

58) オーリウ憲法理論においては、このような「滲出」という要素に着目することが重要であるというのが私の見解である。オーリウにおいては完全に包摂されるものは何もなく、必ず「滲出」する要素があると思われる。

度体の死の宿命から逃れることはできないが、その推進力を維持し延命することはできるのである。

そのような、活動を重視するオーリウにおいては、国家に全的に把握されない客観的理念は「動」の契機である。たとえ国家の方が優位であるとしても、理念は滲出し続け、国家がそれをさらに概念化する——かかる繰り返しの動的均衡が、オーリウの描く最もマクロな動態的世界であると考えられる。

### (3) オーリウ憲法理論と現代社会学との接続

さて、以上のようにオーリウの世界観を描くと、佐藤において見出した世界観との接続が可能であるように思われる。

佐藤に見出された社会学における世界は、ある世界（文化生産、社会的世界）における追求すべき何ものかを目指す行為主体が、その世界のロジックに規定されつつ、その他の行為主体と競争し協働して、時にロジックを変革しながら行動する、そのような世界である。

他方、オーリウの世界は、客観的理念に規定された完全社会の構成員（国家、自然人及びそれ以外の諸制度体）が、法律を（再）生産する国家や交換社会との対置構造において他の構成員と協働して理念の実現を目指す世界である。オーリウの世界観においては、社会的 Constitution と政治的 Constitution を含む Constitution（完全社会）の下で、国家もまた社会の構成員と共に客観的理念を

---

59) Maurice Hauriou, *Principes de droit public 1<sup>ère</sup>*, Sirey, 1910, pp.193-5 には以下のような記述がある。「交換的取引と個人的自由との間に究極的な因果関係はない……真実としては、社会の進歩の一定の時に於いて、交換的取引は自由の支柱となり、それなくしては自由及び個人主義はこの世界から完全に消え去っていたかもしれないくらい不可欠の支柱となったのである」。「遊牧生活は徳を生まないが、それは自由を保持している。……動くこと (mouvement) は自由と不可分であり、動かないこと (l'immobilité) はもっぱら従属を生じる。なぜなら、もっぱら、それによって組織の綱目が設置されるからである」「ここにおいて、交換が救世主のように見えるのである。物の循環が、止まった人間の循環 (circulation) の代わりになる。……我々の現代の状態においては、定期市は同様に何度もあり、自由な雰囲気があるがそこに漂っていること、社会的制度体の日常的な枠からの解放であることは明白である」。

実現しようと競争し、協働するのである<sup>60)</sup>。その理念は主観的（具体的）には、経済的資本の利得最大化であったり、社会の保全であったり、福祉の実現や、文化保護でありうる。

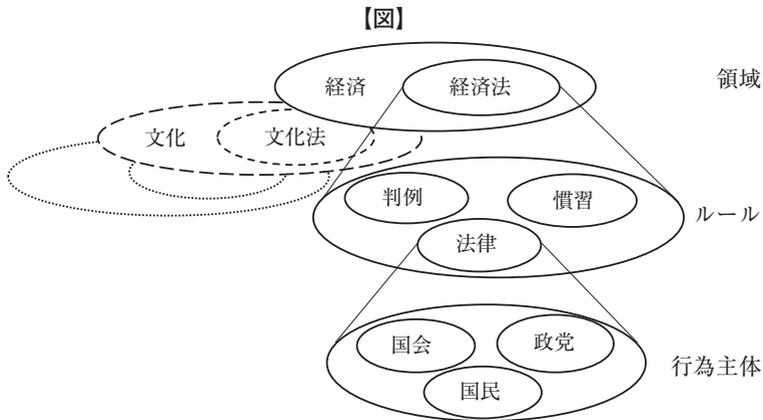
では、両者をいかに接続させるか。まず、佐藤の三項図式からわかるように、「法（秩序）」はそれ自体が独立して存在するのではなく、特定の世界におけるルール形成の領域に過ぎない。「法（秩序）」が正義を企図している<sup>61)</sup>としても、その正義もまた文脈依存的である。つまり、「正義」を目指す「法（秩序）生産」の世界があるとしても、それ自体が一定の世界の下にあり、その世界の諸行為主体が「法（秩序）生産」において競争しまたは協働して、その世界の「正義」を目指している。このような「法（秩序）生産」の世界を内蔵した世界を一単位として、それが重層的に存在する、と考えられるのである（次頁【図】）。

このように世界を見た場合、オーリウの世界観はバージョンアップをしなければならない。追求すべき何ものかが、オーリウにとっては客観的理念であったとすれば、オーリウの描いていた世界というのは、国家、裁判官、国家以外の諸制度体が行為主体となって、それを実現しようとし続ける動態的世界<sup>62)</sup>であると理解することは可能である。もっとも、現代社会学の佐藤にあって、初期社会学のオーリウに欠けているものがある。それは世界が複数でありうるという認識である。オーリウの多元的世界もあくまで一元的な客観的理念の下

60) 違憲審査権を有する裁判官の存在は主観的理念の訂正可能性を担保している。

61) 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003年）参照。

62) 立法府がある目的から法律を定めたところ、他の意思決定機関（国民など）から異議が提出される場合がある。その場合には裁判や選挙という形で解決が図られるだろう。裁判所は当該法律の違憲性を判断するにあたって、憲法上明示されていない客観的理念を概念化し「見地」として提示する場合がある。例えば、「社会経済の調和」「善良な性風俗」である。そのように提示された理念に対しても国民は賛同するかどうかを決定することになる。裁判所としては、その賛同を得られるように「経験則」や「憲法条文」を駆使して国民に対する説得を図る。このようにして、自国がある「界」において行為主体性を獲得すべきかどうか／その中でいかなる理念を標榜して行動すべきかが、諸機関の協働・競争の中で形成されていくのである。



での多元的アクターの協働関係である。しかし、オーリウの客観的理念は、措定されてはいるものの、それを誰も十全に把握することができず「屈折」するものであった。世界の諸領域の分節に応じて屈折率が異なるとすれば、現実世界に投影されるスペクトルとして上のような重層的世界観を想定することもできる<sup>63)</sup>。彼の根本にある社会学的枠組みを上述のような重層的な世界観へとバージョンアップするのであれば、オーリウを媒介することによって、《各々の具体的理念を戴く諸世界において、自身の属する世界のロジックに規定されつつも、諸行為主体が当該世界のルール（法・秩序）を形成するプロジェクトに参加し恭順・批判を繰り返す、動的な多層的かつ多元的憲法理論》を描く

63) もっとも「重層」としている以上、私自身は、唯一絶対の客観的理念を措定すること自体に必ずしも否定的ではない。ただ、事象を憲法学的に分析するための憲法理論としてはその措定を停止する方が有用だと考えているのである。

64) 従来の憲法学において「多元性」として問題とされたのは国家の意思決定段階でしかないと思われる。シュミットの決断主義を否定して調整こそが政治だとする黒田覚の議論（黒田覚「多元的國家論と政治概念」法學論叢 31 卷 6 号（1934 年）931 頁）が典型的であり、オーリウの国家を調整者として落とし込む長谷部恭男の議論（長谷部恭男「モーリス・オーリウ国家論序説」『憲法の論理』（有斐閣、2017 年（初出 2016 年）188 頁）もこの領域を出ていない。

ことが可能ではないか<sup>64)</sup>。ここに、オーリウ憲法理論の再評価への道があると思われるのである。

#### (4) まとめ

以上、オーリウを媒介に、社会学の世界観を法的世界に導くことを試みた。そこで描かれるのは、一定の具体的理念を目指して他の諸法人格と競争・協働する動的均衡の中で行為する国家という像である。その「一定の具体的理念」の内容として「文化生産」を当てはめて書籍再販売価格維持制度を分析したのが佐藤であったといえる。法学としては、例えば経済的世界で考えれば、法外の経済的諸関係がある（滲出する）ことを自覚しつつ「経済的世界で妥当する／すべき経済法は何か」をめぐって国家やその他の諸行為主体とが行動する世界を考えることになるであろう<sup>65)</sup>。（客観的ないし主観的）理念のもとに法はあり、経済というゲームをルールたる法に従いながら諸行為主体が（その正体を認識することはできない）「経済の理念」の実現に向けて行為するのである。そのルールの一つたる実定法を定めるのは立法府であるが、ルールがすべて実定法とは限らない。また、文化生産における「生産」が著者・出版社に限られなかったように、国民や裁判所、行政府、利害関係団体など実定法を含むルール形成において多様な行為主体が考えられる。法律を例にとると、法律制定機関内部で諸世界の背景を有する諸行為主体が存在し諸関係を形成しながら法律を制定する<sup>66)</sup>。他方、法律を制定した後にも、それを遵守する行為主体もいれば、当該法律の意図していた世界のロジックとは異なるロジックを用いて反対運動を行う行為主体もあるだろう<sup>67)</sup>。行政府が一定の解釈をして拡張する場合もあれば、裁判所が無効とする場合もあろう。こうして、法律制定機関だけでなく、さまざまな諸行為主体が、各々の立場からルール（法・秩序）形成に

---

65) 実証主義法学が敢えて他の世界と没交渉な「法的世界」を志向したものであったとするならば、本稿はそれを逸脱し「法的世界」を内包しつつ「法」の源たる客観的理念が組み込まれた「経済的世界」を視野に入れながら、かかる世界を説明する憲法理論を構築しようとしていることになる。

参与する複雑な世界である<sup>68)</sup>。その複雑な世界を憲法学から分析する枠組みとして、一定の憲法理論を提供したところである。

また、佐藤の分析においては主として、著者・出版社・取次・書店の諸関係に焦点を当てており国家の役割はやや後景に退いていたが、憲法理論からは国家が前面に出ることとなる。つまり法的規制を創出する国家に焦点を当て、当該世界の理念及び他の諸行為主体との関係でいかなる実定法を国家が制定できるのか、という権限・役割の線引きを考えるのである。

### Ⅲ 検討

#### 1 経済的視座から

##### (1) 経済的世界、経済法、国家

さて、これまで述べてきた視座・世界観から書籍再販売価格維持制度を考える場合、まず経済的世界を考えることができる。再販売価格維持制度というのは小売業者の価格設定の自由を否定するものであり、その営業の自由を阻害さ

---

66) 立法過程における諸関係に着目した実証的研究を目指していたのが、新正幸の立法過程論であったと思われる。新正幸『立法過程と立法行為——憲法の理論と判例』（信山社、2017年）参照。本稿の見方からすると、この研究は、各世界を渡り歩く諸行為主体が一堂に会する法律制定機関に焦点を当てて、そこでの諸個人の行為に焦点を当てたものであるといえる。つまり、法律制定機関内部における多層かつ多元的な諸行為主体の諸関係を対象とするものである。前述のように、このような「諸利益を一元的に決めなければならない」場合こそが、従来の憲法学が多元性として語ってきたものであり、それを実証的に研究することの必要性を主張し続けてきたのが新であった。職能代表や委員会制も当然に視野に入ってくるであろうが、それらについてのオーリウの見解はここでは扱えない。なお、職能代表制につき、近年のものとして、只野雅人『代表における等質性と多様性』（信山社、2017年）127頁参照。

67) とすると、法律というルールを批判する活動は政治的色彩を含まざるを得ない。しかしそのことは必ずしも政治的色彩のみを有していることを示すわけではない。

68) 憲法学者の位置付けは、「学問界」や「学説」の位置付けとしてまた別個問題となる。少なくとも憲法学者は「法外」の存在ではない。憲法学者は単に「ルール」形成の行為主体としてではなく、「法外」と「ルール」との架け橋をする役割もあるだろう。

れているからである。

では、経済的世界における理念とは何か。その正体を認識することはできないが、それを主観化（具体化）した理念は、現在は自由な経済活動に基づく競争秩序によって経済的資本の最大化を目指す資本主義であろう。小売市場判決（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁）が「憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定している」と述べたのは、その資本主義という具体的理念を国家が承認し、自身の理念として受け入れた、と裁判所が憲法条文から導いたものである。それゆえに立法府は経済的世界の行為主体として、経済的世界において、その具体的理念の範囲内でルール的一种である実定法を制定することが憲法上認められる<sup>69)</sup>。

そのため、経済的世界の行為主体（商人、消費者、労働者など）は立法府の定めたルールも、遵守するか違反するかは別として少なくとも考慮しなければならない。その主たるものが独禁法である。その他にも、経済的世界の外にある社会に弊害が生じることがあると判明したことから、社会と経済の調和を目的に定められるルール（判例法）もある。現状、これらのルールを具体的理念として「経済法」は構成されていると思われる<sup>70)</sup>。

このような視座から書籍再販売価格維持制度を見る場合、国家も経済的世界の行為主体である以上〈書籍再販売価格維持行為を許容する〉というルール設定（法律制定）も経済的世界の具体的理念に従っていなければならない。そして経済的世界の具体的理念は、自由な経済活動に基づく競争秩序によって、社

69) もっとも、オーリウの発想からすれば、憲法上の承認も憲法（草案）を作成した少数権力の判断に過ぎず、そのことが国民によって信任（承認）されなければならないと思われる。日本においては、まずもって改正が議会で承認されたことに加え、日本国憲法制定以来何度も選挙が行われており、現在のところ承認されていると思われる。こうして、少数権力（*pouvoir minoritaire*）が舵をとる国家（*l'Etat*）は本来的には自発的に行動できるが、国民（*nation*）から連なる信任の連鎖が「高みから来る権力を鳥もちで捕まえる（*engluer*）」のである（*Hauriou, supra note 55, p.181*）。

70) そのような「経済法」の観念と、このような観点からの小売市場判決の再検討について、拙稿「秩序に彩られる国家：小売市場判決再訪」慶應法学34号（2016年）193頁。

会と調和しつつ経済的資本の最大化を目指す資本主義であることから、それに沿うかどうかの問題なのである。当該国家の行為が理念に反する効果を生じ、かつ「経済法」等に具体化された理念に照らして正当化できない場合には経済的世界の Constitution に反し、それを取り込んでいる憲法 22 条 1 項に反するというべきである<sup>71)</sup>。もっとも、現状「経済法」として判例において承認されているのは、純粋に競争規整的な法と社会経済の調和的發展を目指した法から成ると考えられるが、今後増えることは考えられる<sup>72)</sup>。

## (2) 書籍再販売価格維持制度についての覚書

では、書籍再販売価格維持制度の許容はどう考えられるか。再販売価格維持行為の競争阻害性については、経済学上、大きく二つの見方がある。一方はこれを非効率な流通業者を流通網として利用・維持するための手段であり競争を阻害すると理解する見解、他方はフリーライダーの排除などの効果を認め経済効率性に資すると理解する見解（シカゴ学派）である。どちらの見解が正しいかを判断する能力は私にはないが、大まかな方向を以下に示す<sup>73)</sup>。

書籍再販売価格維持制度を経済的世界で見た場合（「出版産業」のロジックで見た場合）、その競争阻害性の有無が大きな問題となる。競争阻害性があるというのであれば、フランスのように国家がそれを強制することは経済の Constitution に反し認められないのはもちろん、同制度が強固になっている経

---

71) なお、憲法訴訟論上は、ここで主観性が問題となろうが、主観訴訟とはいえ違法性については客観的に判断される余地がある。結局のところ「原告適格」や「損害」要件といった、当該国家の違法行為と個人の何らかの損害を結びつける要素を主張できればいいのであって、国家行為の違法性それ自体を主観的権利侵害として考える必要があるのか、現時点では疑問を抱いている。

72) そのため、従来の「経済法」の理念とは異なる理念 a を有するルールを経済的世界に導入しようとするのであれば、その理念 a が経済的世界の理念 A に沿うかどうか判断されなければならない。小売市場判決は、〈経済活動が社会的弊害を生ぜしめている場合にそれを排除すること〉の背後にある理念 a を金沢良雄の経済法を参考に「社会経済の調和」と概念化し、それが経済的世界の理念 A に反しないこと、及び、憲法上に位置付けがあることを論証した判決と評価しうる。

済行為主体間の構造を有する日本の現状においてはそれを許容し競争阻害性に公認を与えることもまたそれと同様に経済の Constitution に反し認められないと解すべきである。というのも、この場合、日本の経済行為主体は理念を見誤っているまたは経済的世界の理念を実現しようと活動していないのであり、その構造を強化する形でルール形成をすることもまた経済行為主体たる国家として行ってはならないと解されるからである。

他方、競争促進性をも認める学派が存在するのであり、そちらが正しいということになれば国家が書籍再販売価格維持制度を許容することは経済の Constitution に反しない。もっとも、フランスのように一律に強制するというのはこの立場からでも許されない場合がある。というのも、この立場は再販売価格維持制度の競争阻害性と競争促進性の両方を認めるものであって、一定の場合に経済合理性を判断することを主張するからである。

このいずれが正しいかを判断する能力も資格も私にはないが、後者の立場が想定するフリーライダーの排除という競争促進的側面は、オンライン書店及び電子書籍が普及した現在でも同様に理解することができるのかについてはやや疑問である。

まず、競争促進的側面として主張されているのはフリーライダーの排除である。つまり、再販売価格維持制度がなければ、消費者はサービスのよい（例えば、書籍に関する知識が豊富でおすすめを紹介してくれたり、商品の内容を読んで確認できる等）書店で商品の情報を得て、割引販売書店で買うという購買行動を起こすことが予想されるのであり、その場合割引書店は前者の書店のサービ

---

73) 再販売価格維持行為の経済学理論の歴史については、「現代的理論」と評されるシカゴ学派に対して古典的理論の再考を主張する岩本明憲の一連の研究（「20世紀前半における再販売価格維持行為の理論的展開」三田商学研究 49 卷 1 号（2006 年）41 頁、「古典的再販売価格維持理論の再構築」同 49 卷 4 号（2006 年）207 頁、「再販売価格維持行為の『古典的仮説』再考 [I] [II]」同 50 卷 2 号（2007 年）199 頁；51 卷 4 号（2008 年）245 頁、「日本における再販売価格維持行為・制度研究の系譜」關西大學商學論集 58 卷 2 号（2013 年）1 頁、「日本型再販売価格維持理論の成立」同 59 卷 4 号（2015 年）1 頁）を参照。また、シカゴ学派については谷原(2)・前掲注 12) も参照。

スにタダ乗りしていることになるというのである。確かに、オンライン書店及び電子書籍が普及した現代においては、書店で書籍を見てオンライン書店及び電子書籍で安く購入するという購買行動をとる可能性はある。もっとも、そのことから再販売価格維持制度が競争促進的であるとはいえない。既に買うものが決まっている消費者であれば、書籍取扱量及び検索性において優れているオンライン書店を使用する可能性が高いが、既存書店に行く人の中には買うものが決まっていなかった消費者が含まれるであろう。既存書店としてはそのような消費者の消費行動を誘引する戦略を立てたいところであるが、価格を割り引けないとしたらサービス面でオンライン書店と競争しなければならない。しかし、書籍を好きな日時に配送し、現状既存書店よりもポイント還元率が高く、しかも手軽なアマゾンなどのオンライン書店がサービス面でも有利であり、消費者はオンライン書店を選択する可能性が高い。つまり、割り引けないことが逆に、かかる消費者のオンライン書店の選択を呼んでしまう可能性があるのである。また、現状電子書籍については独禁法上の除外制度の適用外であり割引ができるため、電子書籍も存在する書籍に関しては（その消費者が電子書籍への選好を有していない場合以外は）やはりフリーライドの可能性はあり、それは同様に割引ができないことから生じうるのである。つまり、再販売価格維持制度の存在によって、既存書店の展示効果に対するオンライン書店及び電子書籍のフリーライドが発生する可能性がある。それを排除するには、既存書店も価格において勝負する道を開き戦略の幅を広くすることが望ましいだろう。

また、再販売価格維持制度によって書店は需要が不確実な書籍の在庫保持に消極的になることがなくなり、市場在庫が保持されることによって長期的には売り上げが伸びる可能性があるという主張がある。しかしながら、日本には返本制度があり再販売価格維持制度があるとしても在庫を保持しているとは限らないこと、市場在庫の問題は書店で保持する必要はなく再入荷が容易な流通経路が開拓されれば解消されるため同制度に依る必要はないこと、オンライン書店では同制度がなくとも在庫が保持されうることなどが指摘されている<sup>74)</sup>。そもそも需要が不確実なのは書籍に限らない。

さらに、書籍再販売価格維持制度はブランド内競争は失わせるが、ブランド間競争はそのままであるから、競争阻害性はないという主張もありうる。しかしながら、書籍は基本的には代替性が低いのであるから、そもそもブランド間競争というのが考えにくい。「冷蔵庫」が欲しいと思った場合、日立・パナソニック・東芝等々のブランド間競争は考えられるが、通常書籍を購入する場合「小説」というカテゴリーの中で個別商品の値段を比較して選択するというのではないだろう。カズオ・イシグロの『日の名残り』を買いたいというのは、小説を読みたいということではなく、彼が描いた物語を読みたいということであるから、カズオ・イシグロの『日の名残り』がないからといって、たとえ同名であっても他の著者の書籍を買って満足するということはない。このように、書籍についてはブランド間競争というのは考えにくい<sup>75)</sup>。消費者としては、ブランド内競争によって同じ著作が安価に販売されるようになることの方が有益なのではないか<sup>76)</sup>。

以上より、再販売価格維持制度が、オンライン書店及び電子書籍の普及した現代においてその経済合理性を示すことができるのかについては疑問である。また、かつては、価格設定の自由を奪われていた書店も要望していたという立法事実から正当化し得た（しかし、前述のように規範的にはそれは経済的世界の理念に反する経済行為主体の活動を助長する点で違憲であると解すべきであるが）ものの、現在では書店でもポイントカードを導入したり、オンライン書店と提携し、電子書籍の割引クーポンを配布するなど、再販売価格維持制度に反するような行為をしていることからすれば、かつての立法事実すら失われつつあると

---

74) 酒匂一郎「電子書籍と再販制度」Law and Technology No.73 (2016年) 33頁。

75) もっとも、必ずしも代替性がないとまではいえない。

76) 再販売価格維持制度によって価格が高くなるわけではないということを数理的に論証したものとして、成生達彦「再販売価格維持取引の経済的効果」アカデミア（南山大学）経済経営学編 83号（1984年）207頁がある。しかし、ここでは広告収入といった書籍以外からの収入は考慮されていないと思われるところ、このような収入があれば書籍が安くなることは当然に考えられる。

いうべきである。したがって、このような状況にもかかわらず、再販売価格維持行為を許容し続けている日本国の行為は、経済的世界の理念（公序たる営業の自由）に反し、また表現の違いではあるが、書店の小売価格設定の自由（人権としての営業の自由）を侵害し、憲法 22 条 1 項に反する可能性がある。

## 2 文化的視座から

### (1) 諸根拠の検討

では、文化政策としてはどうか。

書籍再販売価格維持制度が文化政策として有用であるとされる一つの理屈は、「内部補助論」である。この主張は要するに、売れる書籍の利益を売れない書籍に再投資することによって、書籍の多様性が確保されるというものである。佐藤の言い方を借りれば、「出版産業」のロジックに適した商品で得た経済的資本を「出版文化」のロジックに適した商品に投資し、文化資本を得るということになろう。

私としては、出版社が経済的資本をこのようにして文化資本に転換することは十分ありうると考えるが、その転換作業と再販売価格維持制度との関連性は疑わしい。この議論では「書籍の再販制度がなくなった場合、激しい価格競争によって、ベストセラーの価格と利潤が低下するため、内部補助が成立しなくなり、文化的タイトルが市場から消滅する」といわれるが<sup>77)</sup>、小売段階で生じる価格競争によって出版社の経済資本が減少するということが、書籍流通に不案内の私には難しいところである。同制度の有無に関係なく出版社においては自ら決めた価格で売ることができるのであって、一度売ってしまった以上は、ベストセラーの利潤の低下は小売が負担することになるのではないか。

次に、「書店文化拠点論」<sup>78)</sup>がある。これは要するに、再販売価格維持制度によって小規模書店が生存することができ、それによって各地に書籍を入手する場が確保されるというものである。この点については、確かに、オンライン

77) 梶・前掲注 11) 63 頁、酒匂・前掲注 74) 33 頁。

78) 梶・前掲注 11) 64 頁、酒匂・前掲注 74) 33-34 頁。

書店及び電子書籍の普及が進んでいる現状においては、人は潜在的にはいつでもどこでも書籍購入の機会を得ることができる状態にあるため、この論を批判することもできよう。しかしながら、オンライン書店及び電子書籍における書籍との出会い方と既存書店での出会い方は異なる。前者では基本的に自分で検索して探すか、その検索の傾向から選好に適した書籍をオススメされるのであって、偶発性は低い。他方、後者では、書店の展示効果がオンライン書店及び電子書籍ストアよりも高く、立ち寄った書店で偶然手にした書籍が気に入るということもあろう。それまで自分とは関係ないまたは気に入らないと思っていた本が実際に読んでみたら面白かったということもあるかもしれない。そのような出会いが個人の豊かな人格形成に資するとはいえる。そのような意味で既存書店の文化拠点としての有用性は強ち否定できない。もっとも、再販売価格維持制度が供されている日本においても書店数が減少している現実を見ると、書店保護と同制度との相関性はやはり疑わしい。

## (2) 書籍再販売価格維持制度についての覚書

以上のように、文化政策としての書店保護自体は強ち否定できないと思われるが、そのことと再販売価格維持制度との関係が乏しいと思われる。佐藤の指摘するように、本来「出版文化」のロジックであるものを「出版産業」の世界に持ち出している無理があると思われる。

この点、フランスのラング法は別個の法律として存在した「出版文化」のロジックにおいて同制度を定めているため一貫している<sup>79)</sup>が、日本では「出版産業」のロジックしか定めていないと解される独禁法の中で「出版文化」のロジックを挿入しているため、法律としての一貫性に欠ける。換言すれば、文化的世界の問題であるにもかかわらず、経済的世界のルールによってそれを解決しようとしているのが日本の現状なのである。その「そぐなわさ」に留意しなければならない<sup>80)</sup>。

---

79) ラング法の制定経緯については、曾我部・前掲注19) 41頁。

文化的世界の問題は文化的世界の理念に即して、文化的行為主体として実定法等を作ることが、国家に求められていると解すべきである。そのような視点を有することで、経済行為主体であるところの書店に文化拠点としての役割を果たさせていいのかどうか、文化政策として他に合理的な手段はないのかという問題群も明瞭に見えてくるはずである。公取委は独禁法の規定を存置したが、真に文化政策的要素を考慮するのであれば、それは削除し別個の法律を制定すべきであった。

では、フランスのように別個の法律で定めれば問題がないのかといえばそうではない。そもそも国家が文化的行為主体たりうるのかという点は見逃されてはならないのである。確かに、文化というのは公権力から自由であるべきであって、公権力の介入を許してしまえば「芸術の価値」が公権力によって規定され歪められてしまう、したがって国家は文化的行為主体として認めるべきではないという議論はありうるだろう。しかし、佐藤の議論で見えてきたのは、国家から完全に自由になることのできない芸術の世界であった。すなわち、芸術集団も経済的資本を取得する経済的基盤がなくては継続することができず、またそれを文化的資本に転換して意欲的・挑戦的な作品を作成することはできないのであるから、その経済的基盤を提供するものとして国家は重要な行為主体として位置付けられるのである。この場合、国家は、芸術集団と協働して文化的世界の理念の実現に向かい続けている。したがって、国家を文化的行為主体として認めること自体は許されると解される<sup>81)</sup>。

もっとも先述のように、再販売価格維持制度との関連性は疑わしく、文化的世界の理念から経済的活動に干渉するという「そぐわなさ」を正当化するほどの根拠はないと考える。

---

80) 独禁法を競争秩序の中核ないし憲法的なるものとして理解する向きもあろうが、その内実には非競争的価値も含まれている可能性があり、純粹にそのようなものとしてのみ扱うことにも問題があるように思われる。

81) 憲法上の根拠については、文化活動は多くの場合表現行為を伴うことから、表現の自由（憲法 21 条 1 項）が考えられる。

#### IV 結びにかえて

以上、書籍再販売価格維持制度を題材とし、ブルデューを継受する佐藤に現れる現代社会学の認識枠組を基礎とした、諸環境と相応する憲法理論を、オーリウを媒介にして探求した。その上で、書籍再販売価格維持制度については、かかる行為の許容は経済的世界の理念からも文化的世界の理念からも問題があり、国家の許容行為は両理念を受容した憲法に反する可能性があることを示した。

従来とある法令が「憲法に反する」という言明は、条文から発し、目的と手段を検討した上でなされるものであった。本稿が示したのは、一定の理念を有する世界を考え、その理念との関係で国家がどう行為できるか／すべきかを検討する視座であり、そのみから特定の基準が導かれ、また結論が出されるわけではない。具体的な判断基準はその世界でどのような基準が適切なかの検討を待つことになる。例えば、経済的世界では国家の干渉については緩やかに判断していい、文化的世界ではその干渉は厳格に判断すべきであるといったことは、各々の世界の理念に照らした国家の役割の線引き問題であって、本稿はその検討に役立つ認識枠組を示したに過ぎない。

しかしながら、従来の判断基準でなぜ「目的」が判断されるのかを考えた時、さらに「目的が否定される」とはどういうことかを考えた時、このような枠組は有用であると思われるのである。というのも、この枠組でいえば、目的審査とは国家がある世界の行為主体として（国家の定款たる）憲法上認められているのか、という審査と捉えなおすことができるからである<sup>82)</sup>。そのようにして捉えなおすことによって、「目的が合理的である／重要である／必要不可欠である」という審査が①「国家に当該法律の目的を設定する資格（地位、行為能力）があるか」、②「資格等があるとして、当該法律の目的がその資格等が属する理念に適合的か」、③「適合的であるとして、一定程度の必要性がある

82) 拙稿・前掲注70)では、これを「抽象的目的審査」と名付けている。

か」という審査に分析できるのである。実践としては③が主流であろうが、これまでの議論で見逃されてきた①と②の観点はやはり無視してはならないだろう。今後はこれらの観点から問題を分析することでより細やかな事案の解決が望まれるのである。

また、本稿で提示した憲法理論から浮かび上がる自由観は「無色透明の自由」ではなく、「恣意的支配からの自由」<sup>83)</sup>であるとも思われる。もっとも、本稿の関心は自由一般について論じることにはなく、一定の“行為”を自由とする憲法上の諸権利が、やはり文脈依存的であり、そのことの断片を示すことにある<sup>84)</sup>。たとえ「芸術作品の作成」という行為であっても、その文脈によって経済的価値があり、政治的価値があり、芸術的価値がある<sup>85)</sup>。憲法上の権利はあくまで“行為”を保障しているのであって、「政治的表現の自由」や「営利的表現の自由」ないし「芸術的表現の自由」といったように定めておらず、その価値内容については開かれている。そのため、その価値内容については諸行為主体が「発見」するしかない。その行為主体に学者も含まれており、従来の憲法学は表現行為にそれらの内容的差異があることを指摘してきたのである。

---

83) かかる自由観については、山元一「憲法理論における自由の構造転換の可能性（1）・（2・完）」（長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて』（日本評論社、2009年）13頁；慶應法学13号（2009年）83頁）。

84) そのため自由（基本権）一般についての法制度との関係に対する峻別の思考／非峻別の思考とは異なる。自由も文脈（理念）の下にあるという限りでは、ある種の「制度」と親和的に自由を捉えてはいるが、法制度自体も文脈の下にあるのであって、当該文脈において自由と法制度は調和的にも対立的にも存在しうる。

85) 「芸術家」ハンス・ハーケがブルデューとの対談の中で以下のように述べている点に共感する。「〈形式〉か〈メッセージ〉かを強調することは、一種の分離主義のように私には思われます。一方は他方と同じように高度に政治的です。あらゆる芸術にプロパガンダ機能があると主張しながらも、私は以下のように付け加えたい。ある与えられた対象が有している意味作用（signification）と効果（impact）は恒久に据え付けられたものではないのです。それらは、それらを観察する（examine）文脈に依存するのです。」（Pierre Bourdieu・Hans Haacke, *LIBRE-ÉCHANGE*, Seuil / les presses du réel, 1994, p.94.（邦訳として、コリン・コバヤシ（訳）『自由—交換』（藤原書店、1996年）112頁）。

もともと、本稿で示した視座は未だ試論段階であり、特にオーリウを消化しきれていない現段階にあっては心もとない。しかしながら、それは不案内なオーリウを介在させた点であり、その世界観を憲法学に接続すること自体は無理ではないと思われる。また、オーリウ自身、社会学の知見を法学に取り入れて動態的な世界観から公法学を体系立てようとしたことは確かであって、彼の世界観をその時代的制約から解放して再構築し現代の社会学、とりわけルーマンやブルデュー<sup>86)</sup>に接続することの可能性自体は残されていると思われる。この点は今後の長期的な課題となろう。

---

86) ブルデューと法学について、大村敦志『法源・解釈・民法学』（有斐閣、1995年）387頁。