慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	経済活動の自由と競争政策 : 判例理論の序論的考察
Sub Title	Economic freedom and competition policy
Author	馬川, 千里(Umakawa, Chisato)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.12 (1992. 12) ,p.243- 270
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	川口實教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19921228-0243

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.

経済活動の自由と競争政策

——判例理論の序論的考察——

馬川千里

一　はじめに——物価問題と政府規制——
二　競争に関する「固定観念」の再吟味
三　憲法二二条の「公共の福祉」論
四　「弱者保護」の波及性と競争政策
五　おわりに——日本人の資本主義観——

一　はじめに——物価問題と政府規制——

(1)　物価問題は、わが国の重要な課題の一つである。日本の一人当たり国民所得は、米国を抜いて世界最高の水準にあるといわれる。しかし、日本人は豊かだという実感をあまり持っていない。物価高が、豊かさをほど遠いものにしているのは否定できないであろう。その原因の一つは、政府の誤った市場介入が物価上昇をもたらしているからであり、政府規制の緩和がいまいわれる理由である。また、最近、大きな話題をよんだ日米構造協議のなかで、アメリ

カは日本の国内経済構造の変革を求めて、多くの要求をつきつけてきた。その要求項目のほとんどに、「日本の消費者の利益のために……」という枕詞がつけられていた。それにしても、日米交渉でアメリカ側に「日本の消費者のため」などという枕詞を許したことは、そもそも「日本の政策当局はいったい誰のための政策を立案してきたのか？」という素朴な疑問を呈示することになった。消費者パワーの弱さと、企業本位の社会システムがあげられよう。[1] このような保護政策には政府介入問題、とりわけ立法府（国会）と政治団体の圧力は軽視できない。新規参入規制の実体は既存業者の権利擁護に押されての議員立法であり、政党的利益に基づいての立法が少なくないのである。[2]

(2) そうすると政府規制の問題は、競争政策との関連において見直しを迫られることになるが、その競争政策が憲法理論や判例理論の上で、どのように位置づけられ評価されているかを考察することが不可欠であろう。

このような問題意識の下に、具体的な事例である小売市場事件[3]、薬局距離制限事件[4]および西陣ネクタイ事件[5]等の判決を考察すると、経済法学者の一般にいだく競争政策に対する基本的な考え方と、憲法の判例理論のそれとの間には大きな隔たりがあるように考えられることである。一口に言えば、憲法の判例理論は、政府規制に対しては極めて寛大である。後述するところでもあるが、判例理論は、積極的な社会経済政策の観点からする規制については立法府の判断に委ねるという解釈を採用しているからである。それでは物価問題と関連して批判の対象になっている政府規制は、まさに判例理論によって正当化されることになる。物価問題は、消費者（国民）にとって極めて重要な問題であるだけに、そのような判例理論には不満を禁じえない。筆者は、憲法については専門外であるが、競争政策の観点から敢えて憲法の判例理論を考察する所以である。

(3) 本稿で主として取扱う判例は、前記の小売市場事件である。その理由は、この事件が、営業の自由についての基本的問題を一応整理した形で提供しているからであり、論を進めるに当たって適切であろうと考えるからである。それ以外では、必要に応じて前記の薬局距離制限事件と西陣ネクタイ事件についても触れることにする。小売市場事

件判決については、すでに多くの評釈があるが、[6] 具体的な「過当競争」論の考察から進める。

(1) 詳細は、竹中平蔵「豊かさ実現へ消費者団体へ三つの提案」『エコノミスト』一九九〇年一〇月三〇日号四四頁以下参照。

(2) 今村成和「小売市場の許可制と営業の自由」『ジュリスト』五二四号一〇八頁、和田英夫「薬局開設の距離制限違憲判決」『法学セミナー』一九七五年七月号四頁など参照。

(3) 最高裁昭和四七年一一月二二日大法廷判決、刑集二六巻九号五八六頁。

(4) 最高裁昭和五〇年四月三〇日大法廷判決、民集二九巻四号五七二頁。

(5) 京都地裁昭和五九年六月二九日判決、判例タイムズ五三〇号二六五頁。最高裁平成二年二月六日第三小法廷判決（判例集未登載）。

(6) 中村睦男『憲法判例百選Ⅰ（第二版）』一五六頁、満田重昭『公正取引』二八七号四二頁、中山勲『判例評論』一七六号七頁、今村・前掲注（2）一〇三頁、今村成和「営業許可制と距離制限」田中二郎先生古稀記念『公法の理論（上）』（昭五三、有斐閣）四四七頁、田崎文夫『法曹時報』二五巻六号一〇四頁。

二　競争に関する「固定観念」の再吟味

1　競争政策の意義

(1)　小売市場事件の判決は、規制の目的について、本件小売市場の許可規制を、「小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置であると認められ、一般消費者の利益を犠牲にして、小売商に対し積極的に流通市場における独占的利益を付与するためのものでないことが明らかである。しかも、……過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣旨であることが窺われる。これらの諸点からみると、本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとった措置ということができ、その目的において、

一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない」として、合憲の判断を下した。

小売商業調整特別措置法（昭三四法一五五、以下「商調法」と略す）一条は、「この法律は、小売商の事業活動の機会を適正に確保し、及び小売商業の正常な秩序を阻害する要因を除去し、もって国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」と規定している。後述するところでもあるが、小売業界が整然たる秩序を保ち、混乱が起こらないことが望ましいという考え方が基本にある。判旨は、この商調法一条の目的規定の文言を鵜呑みにして合憲の判断を下したようにみえるが、裁判所が単に目的規定の文言を鵜呑みにして合憲の判断を下すというような態度をとることがあれば、憲法裁判以前であり立法趣旨の司法権による追認に過ぎないことになる。[7] 立法の真の動機および法的規制措置の現実の機能に着目することが、妥当な憲法判断の在り方であろう。[8]

(2) 本件の過当競争による距離制限の是非を考察するには、競争政策（独占禁止政策）との関係を念頭に置くことが必要であろう。戦後、わが国に導入された競争政策は、何らの規制も統制も必要ないという自由放任ではない。しかも、何らかの規制や統制が必要であるにしても、できるだけ価格機構の働きを阻害しない形において行われるべきだという考え方である。種々の必要性から政府の介入は拡大するが、それだけに市場経済に対して政府の直接干渉を避け、政府の干渉なしに価格機構の働きで調整が行われ、市場経済を侵食しないことが経済行政の基本原則とならなければならないというのが、戦後の競争政策が構想した自由主義経済であり、独占放任型自由主義ではない。わが国においては、この点の認識が特に必要であろう。それを法制度として規定したのが、独占禁止法（正式には「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（昭二二法五四）という）である。

独占禁止法一条は、「公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、……以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」と規定してい

る。「消費者の利益」を確保する方向において経済民主化の達成が目的である。そのためには、「公正且つ自由な競争を促進」することであり、これが競争政策といわれ、さらに、いわゆる〝経済憲法〟といわれる所以である。これを憲法理論としていえば、通説的見解は、この独占禁止法を憲法二二条・二九条の「公共の福祉」による積極的規制と解し、また、「営業の自由」こそ自由競争の維持・促進と解する立場[9]、さらには、積極的意義をもつ経済基本権として位置づけようとする新しい立場もある[10]。いずれにせよ、憲法理論も政治経済学を離れて存在し得ないのであり[11]、競争政策は自由主義経済の基本であることを最初に強調しておきたい。本判決の評価を大きく左右することになり、憲法理論にも影響すると考えるからである。

2 「過当競争」論の問題点

(1) わが国では、従来から「過当競争」という言葉がいわれてきた。「競争は悪」と考えられ「過当」競争とか「破滅的」競争は諸悪の根源のようにいわれ、カルテルや新規参入規制のための口実に利用されてきたのである。小宮教授も、「日本では、一つの産業を監督する『原局』官庁は、自らの監督下にある民間業界が整然たる秩序を保ち、混乱が一切起こらないことを望む傾向が強い。過当競争は望ましくないという概念は、『長幼序あり』という儒教的観念と密接に結びついているように私には思われる[12]」と指摘されている。本判決も、この「過当競争」を好ましくない競争状態として捉えている。また、商調法五条の許可基準も、「競争が過度に行われることとなりそのため中小小売商の経営が著しく不安定となるおそれがあること」と規定して、新規参入規制という厳しい規制手段を採用している。しかし、第一に考えなければならないのは、この「過当競争」論である。

(2) わが国には、検討すべきさまざまな「固定観念」が存在するといわれる。経済学者からは、「なかでももっとも重要な観念は、『競争』にかんする固定観念だろう。経済活動を自由な競争に任せておくと過当な競争が起こり、強

者が弱者を排除あるいは搾取し、社会的に不当な結果を招くことになるという理解である。このような自由競争に対する不信が、政府による過剰なまでの保護や規制を招き、効率的で公正な経済活動を妨げてきた[13]と指摘されている。「過当競争」を例にとれば、「過当競争」という概念に関して経済学的に意味のある標準的理解は、現在までのところ確立されているとはいえないことである[14]。むしろ、経済学者の間では、「経済学には『過当競争』の概念は存在しない。最適の市場は完全競争の状態であるので、『過当競争』が存在し得る可能性さえない。競争は競争であり、資源を効率的に運用するためには重要な要素であり、競争を妨げる法律はすべて廃棄すべきなのである[15]」という信念が支配しており、このような考え方からすれば、「競争」が「過当」であるという表現は殆ど自己矛盾の響きをもっている。そうだとすれば、正当な競争を安易に過当競争と結び付けることには問題があり[16]、先ず、この点に留意すべきであろう。正当な競争を安易に過当競争と結び付ける考え方は、昭和三〇年代に盛んに展開された「過当競争」の排除を錦の御旗にしたカルテル緩和論と実質的には同じである。

(3) 次の問題は、そのための規制方法・手段である。決定的に重要なのは、「過当競争が存在するか否か」という論点と、「競争を制限すべきか否か」という論点とを峻別することである[17]。商調法では、政府による新規参入規制がとられている。そして本判決も、小売商相互間の過当競争による小売商の共倒れから小売商を保護する積極目的の立法として、「一応の合理性」が認められるとしている。

周知のように、カルテルの最大の被害者は消費者であるが、政府機関による新規参入規制は経済的効果としては独占禁止法の禁止するカルテル（独禁法三条）と同一であり[18]、また、不況に際しての不況カルテル（独禁法二四条の三参照）に比較して、競争制限的効果がより確実かつ強固である。経済学者からも、「競争をもっとも効果的に推し進めるものこそが、新規参入企業の競争圧力である。この意味で、参入を行政によって規制することは可能なかぎり差し控えるべきであり、その必要性を立証できないかぎり、参入規制を認めてはならない[19]」と厳しく批判されている規制方法

である。しかも、商調法五条は、「競争が過度に行われることとなり……経営が著しく不安定となるおそれ」という緩やかな要件のもとに認めているのであるが、この発想は、結局、企業を保護すれば国民の利益になるという、カルテル立法におけるそれと実質的には同じであるが[20]、競争の結果として市場から退出する限界企業を保護することは効率性の観点からむしろ問題があろう[21]。

本来の意味での「過当競争」は、その分野に必要以上の資本や労働が集中している状態であるから、過剰な労働なり資本なりを他の分野に移さなければ根本的な問題の解決にはならない。保護政策によって一時的に窮状を救済することは、かえって労働や資本の過度の集中の状態を長引かせるだけである[22]。単に、他国や他業種に比べて生産性が低く、競争力が低いといった意味での「弱者」を保護することは、政策的保護による追加利潤を求める新たな弱者の参入を招き、かえって「弱者」の数を増大させ、生産性を低下させ、最終的に「弱者」救済の必要性を一層増大させることにしかならない[23]。次に、本件で問題となったわが国の流通業に目を転じて考察しよう。

(4) わが国の流通構造は、小売段階においては、国土面積および人口に対する店舗密度が欧米諸国に比べかなり高く、また、従業員四人以下の商店が八二・八%、九人以下では九四・五%を占める（八五年）など、小規模店舗が多数存在する零細性、稠密性が指摘されている[24]。そして小売商業分野の合理化の遅れが消費者物価の上昇に大きな影響を与えていることから、その効率化、近代化に注意が向けられているところである。限界的な企業を長期的に保護することは、大規模業者との生産性格差を拡大し、その分だけ、消費者を犠牲にして、大規模業者の利潤を増大させる効果しか持たない[25]。大店法（正式には、「大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律」（昭四八法一〇九）という）の前身である百貨店法（昭三一法一一六）は、中小商業の保護を目的として、かえってその経営合理化の意欲を害し、結果として既存百貨店を保護し、その積極性を奪い、わが国における小売商業の革新の担い手を、スーパーという百貨店とは全く別のところから生み出すことにしてしまったのである[26]。必要なことは、中小小売商の健全な育成

であり保護温存ではない。

昭和三五年に入ってから、わが国の流通政策は大きく変化してきた。昭和三八年には、中小企業近代化促進法（昭三八法六四）ならびに中小企業基本法（昭三八法一五四）が制定され、中小企業の近代化・合理化や国際競争力の強化を背景に、単に中小商業者を保護するための政策から自助努力・自己革新を促進する機運が生み出されてきた（中小企業基本法一条参照）。

この中小商業近代化政策は、中小小売商業振興法（昭四八法一〇一）において示され、その内容は、①商店街整備計画、②店舗共同化計画、③連鎖化事業計画などである。そのため財政面、金融面、税制面等の助成措置などが利用できることになった。中小商業の近代化は、中小小売商業振興法による「中小商業振興策をはじめとする政府の施策を有効に活用し、積極的に合理化、近代化努力を行っていくことこそ必要」[27]であり、中小小売業者を結集して小売市場の設立を促進することも、そのための一方法なのである。しかし、すでに述べてきたように、他方では中小小売業者の保護を目的とした保護行政を展開してきたため、流通業の近代化・効率化の構築そのものが十分に進まないという矛盾した結果になっている[28]。本件を考察する上で、奥野教授の次の発言は極めて興味深い。奥野教授は、その論文において、「中小小売業者に対する保護行政の果たした役割は無視できない。保護政策にもかかわらず、中小小売業者の生産性が低く、社会的弱者であり続けているのは、彼らを保護する政策があったからこそなのである」[29]と指摘されている。

3　不当廉売等の「過当競争」論

(1)　「過当競争」論についての次の問題は、「過当競争」について別の意味に使われている場合である。不当廉売の問題であったり、不当誘因の問題である。

この種の「過当競争」は、前述の「過当競争」とは全く別の内容である。例えば、通産省では、「小売市場問または小売市場と周辺の小売商との間で過当競争を起こし、安値販売、大規模な宣伝、抽選券付、景品付または招待券付販売、おとり販売、無料バスによる顧客送迎等を行ない、小売市場内小売商またはその周辺の小売商の経営を不安定にしている例が少なくない」[30]と指摘している。

(2) しかし、この種の「過当競争」の規制であれば、それは独占禁止法の不公正な取引方法として規制されているものであり、不公正な取引方法の規制の強化や競争者を排除することを目的とする不当廉売の規制を行うなどの方法によるのが、正論であろう。[31]商調法一三条一項も、「公正取引委員会は、……小売商が不公正な取引方法を用いていると認めるときは、その小売商に対して、すみやかにその行為を取りやめるべきことを指示することができる」と規定している。そしてこのような規制であれば競争政策と矛盾しないし、その一環であることに注目すべきであろう。また、このような過当競争の是正であれば距離制限が不当、不必要であることはいうまでもない。独占禁止法の不公正な取引方法で規制すべき内容を、距離制限という競争制限的方法によって阻止しようとすることは本末転倒であり、両者は厳密に区別すべき内容である。

(7) 奥平康弘「憲法裁判のあり方について」『思想』四七九号一〇七頁。
(8) 満田・前掲注(6)四五頁、中山・前掲注(6)一〇頁参照。
(9) 岡田与好『独占と営業の自由』(一九七五、木鐸社)四〇頁以下参照。同様の見解ならびに文献については、小島康裕『大企業社会の法秩序』(一九八一、勁草書房)六頁注(7)参照。
(10) 丹宗昭信「経済活動の自由と独占禁止法」今村成和教授退官記念『公法と経済法の諸問題(下)』(昭五七、有斐閣)一五一頁以下参照。
(11) 早坂禧子「憲法二二条一項と薬事法六条二項、四項」『別冊判例タイムズ』二号二八六頁参照。
(12) 小宮隆太郎「序論」小宮隆太郎ほか編『日本の産業政策』(一九八五、東京大学出版会)一三頁。
(13) 奥野正寛「日本の政治経済システムを問い直す」現代経済研究グループ編『日本の政治経済システム』(一九九〇、日本

経済新聞社）三頁。

(14) この側面を解明した代表的文献としては、伊藤元重・清野一治・奥野正寛・鈴村興太郎「市場の失敗と補正的産業政策」小宮ほか編・前掲注(12)二二三頁参照。なお、伊藤元重・清野一治・奥野正寛・鈴村興太郎『産業政策の経済分析』（一九九一、東京大学出版会）二〇三頁も、「『過当競争』の存在を根拠とした行政介入が逆に『過当競争』を作りだしてしまうというメカニズムである」と指摘する。

(15) マーク・ラムザイヤー『法と経済学』（平三、弘文堂）一六三頁。フリードマン教授も、「消費者にとって、競争は『不公正』であればあるほどよいのである。それによって、最低の価格と最高の品質が保証される」とさえ述べている。ミルトン・フリードマン（監修西山千明）『政府からの自由』（昭五九、中央公論社）一〇四頁。

(16) 経済企画庁総合計画局編『規制緩和の経済理論』（平二、大蔵省印刷局）三二頁参照。

(17) 伊藤・清野・奥野・鈴村・前掲注(14)二〇八頁参照。

(18) 厚谷襄児「行政措置による競争制限」『法律時報』一九六七年五月号四四頁参照。

(19) 奥野・前掲注(13)二〇頁。

(20) 富山康吉『現代資本主義と法の理論』（一九六九、法律文化社）二一八頁参照。

(21) 経済企画庁総合計画局編・前掲注(16)四七頁参照。

(22) 館竜一郎・小宮隆太郎・新飯田宏『日本の物価問題』（昭三九、東洋経済新報社）一三〇頁参照。

(23) 奥野・前掲注(13)一〇頁。同旨、厚谷・前掲注(18)四五頁。

(24) 経済企画庁総合計画局編・前掲注(16)一六三頁参照。

(25) 奥野・前掲注(13)一〇頁参照。

(26) 根岸哲『規制産業の経済法研究Ⅰ』（昭五九、成文堂）二三六頁参照。

(27) 経済企画庁総合計画局編・前掲注(16)一八六頁、田崎・前掲注(6)一一八頁、木元錦哉「流通と行政介入」『ジュリスト』四六七号七二頁参照。

(28) 植草益・佐々木実雄「流通業における公的規制」三輪芳朗・西村清彦編『日本の流通』（一九九一、東京大学出版会）二七五頁参照。

(29) 奥野・前掲注(13)九頁。

(30) 通商産業省大規模小売店舗調整官室編『小売商業調整制度の現状』（昭五三、商事法務研究会）一三八頁。

(31) 満田・前掲注(6)四五頁参照。

三　憲法二二条の「公共の福祉」論

1　消極・積極両規制区別の意義

(1) 小売市場事件の判決は、憲法二二条の「公共の福祉」による制約として、「右条項（憲法二二条一項＝筆者注）に基づく個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当……である」、「ところで、社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかない」、「したがって、……裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲として、

その効力を否定することができるものと解するのが相当である」として、消極的規制と積極的規制の二つが含まれるという新しい解釈を示した。

この解釈は、樋口教授の言葉を借りれば、「これまでの最高裁の『公共の福祉』論の傾向からするならば、きわめて注目すべき転換」[32]ということである。そして、一方、消極的規制には「公共の福祉」による制約を厳しくし、他方、積極的規制には「公共の福祉」による制約を緩く解すという理論を採用して区別したことである。新しい解釈を示しただけに検討すべき問題がいくつかある。

憲法は、職業選択の自由や営業の自由の制約に関し、「公共の福祉に反しない限り」（憲法二二条）とか、「公共の福祉に適合するように」（憲法二九条二項）と規定しているが、この「公共の福祉」をめぐっては学説上見解の最も分かれるところである。専門外の筆者は、ここでは論を進めるに当たって必要な限度に止め、先ず、積極的規制としての競争政策と消極的規制の関係を検討する。そのために有益な事例が薬局距離制限事件である。次に考察しよう。

(2) 経済活動の規制には多種多様の形態があることは否定できないであろう。薬局距離制限事件判決も、「このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである」としている。そして小売市場事件判決を踏襲して、消極的規制と積極的規制に解釈上の区別を採用した。

経済活動の規制を消極的規制と積極的規制のいずれか一方のものとのみ整理し切ることは、実際上困難を伴うであろう[33]。しかし、政府規制の在り方を検討し見直しを行っていく上で、この区分は極めて有効であり、規制緩和推進の立脚点として欠くことはできない[34]。それは、次のような理由からである。

不良医薬品の防止は、消費者（国民）にとって極めて重要な問題である。しかし、安い価格で医薬品の供給が受けられることも必要である。消費者の立場からすれば、危険の防止と安い価格とを両立させるような解釈理論こそ必要であり、従来の規制行政に欠けていた視点であろう。例えば、消費者保護基本法（昭四三法七八）は消費者の利益を掲げ、第二章で七条から一五条にわたって規定している。危害の防止（七条）、公正自由な競争の確保等（一一条）などの九項目である。現実にも、「危害の防止」のために、多くの法律によって規制されている。それでは、安い料金や価格はどうして保障するかというと、それは自由な競争にさらされているのであり、消費者保護基本法一一条は「公正自由な競争の確保等」と規定するが、現実には、独占禁止法で規定している。

(3) このように、危険の防止という消極的規制と、安い料金という競争政策とは切り離して別々に行われていることに注目する必要がある。この場合には競争政策との衝突という問題は生じないのであり[35]、また、積極的規制としての競争政策と消極的規制としての「危険の防止」とを両立させるような法解釈が必要なのである。医薬品の品質についていえば、販売段階ではむしろ競争にさらすことによって、より良い医薬品が残り劣質のものが自然淘汰されるという経済法則が作用すると考えられる[36]。また、距離制限が緩和され競争相手が近くにいる場合には、むしろ事業者の評判が重要になり、危険性を無視するという経営は長期的には損であるということは明白である。すぐに競争相手に顧客が流れるなど、市場メカニズムによる懲罰・罰金（ペナルティー）が課せられる。距離制限が安全性確保の必要条件であるというのは、理論的にはむしろ逆なのである[37]。それにもかかわらず、現実には、消極的規制のために薬局の距離制限という競争制限的規制が行われていたのであり、それが問題になるのはけだし当然である。

2 積極的規制と「弱者保護」論

(1) 論点を元に戻そう。小売市場事件判決は、憲法二二条の「公共の福祉」の解釈に、消極的規制と積極的規制と

いう異質のものを含め、消極的規制には「公共の福祉」による制約を厳しくし、積極的規制には「公共の福祉」による制約を緩く解すという理論を採用して区別した。

この点については、前者には厳しく、後者には緩やかに解釈すべき根拠は何であるか説明がつきにくいという指摘もある。[38] そればかりか、憲法二二条の「公共の福祉」の解釈に、積極的規制の場合には緩やかに解釈できるという原則は、結果的には競争政策が有名無実になるおそれがあり、これは重要な問題である。「過当競争」論をめぐって詳細に述べてきたところでもあるが、今村教授も、競争市場における市場参入の制限のような積極的制限こそ、「消極的制限の場合と異なり――強度の制限下に置かれているか、あるいは排除されていると認むべきことになるから、その合理的根拠は、十分に説明され得るものでなければならない」[39]と指摘され、また、このような見解は支持されている。[40] アメリカでも、「広く『競争制限規制（anti-competitive regulation）』と呼ばれるものは、十分説得的な合理的理由がない限り違憲とされる場合がきわめて多い」[41]のである。薬局距離制限事件判決には、反独占の契機はなお十分に考慮されていないと指摘されているが、[42] 本判決も積極的規制としての競争政策についての配慮に欠ける嫌があることを指摘したい。

(2) 憲法二二条の「公共の福祉」論について、もう少し補足する。「公共の福祉」は「生存権の保障」「弱者の保護」等々といわれ、そのための保護政策が取られる場合が少なくなかった。奥野教授の「日本的政治経済システムを支える第二の固定観念は、『社会的弱者』である。……戦後日本の社会・経済政策の多くは、『国際競争力に劣る』国内産業や『社会的弱者』を保護し、そのために競争を制限してきた」[43]という批判とも符合する。例えば、「過当競争」は好ましくない競争状態と考えられ、福祉国家的理想は「弱者の保護」のために、「競争制限的」な保護政策に取って替わられたのである。本判決も、「憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障

する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである」としている。「福祉国家的理想」→「弱者の保護」→「競争制限的規制」の図式が採られている。しかし、この判旨は不明確であるばかりでなく[44]、競争政策の見地からは疑問の多い内容である。

憲法二二条の「公共の福祉」は、その内容を単なる弱者・困窮者の保護救済に置くか、広く国民全体の生活の安定・向上を目指すものと解するかで、積極的政策の在り方も違ってくる[45]。そして判旨も、「小売商が国民のなかに占める数と国民経済における役割とに鑑み」てのこととしていることから、結局は、右に述べた、国民全体の生活に目を向けた広い視野の公共の福祉を積極的経済政策の土台に据えているようにも考えることができよう[46]。しかし、そうだとすれば、判旨の説示は極めて抽象的であり、説得力に欠ける憾がある。

(3) 戦後、新しく導入されたのが競争政策（独占禁止政策）である。そして、それを憲法理論としていえば、この競争政策こそ、憲法二二条の「公共の福祉」による積極的な政策規制なのであり、前述のとおりである。このことを繰り返し強調しておく必要があるが、同時に、保護政策との関係が検討課題となる。

確かに、企業にとっては競争業者の出現をよろこぶはずもなく、経営の安定を考えれば新規参入規制に多大の誘惑を感ずるのは当然である。しかし、だからといって、新規参入を規制するのでは自由経済体制の否定である[47]。競争政策は、競争によって健全な企業を育成することでもあるが、その過程はバラ色に輝くことばかりではなく効率の悪い限界企業の淘汰があり、限界企業の倒産という痛みを伴う場合も避けられないのである。限界企業の淘汰も倒産も伴わない競争政策は自己矛盾であり、後でも述べるところであるが、競争政策の厳しさを銘記すべきであろう。奥野教授も、「突き詰めれば競争のメリットとは、強者が弱者に勝つことで、効率的な資源配分を実現することにほかならない。市場の弊害を除去するからといって、弱者を裁量的に保護しハンディを負った強者に勝たせるのでは競争のメリットが生かされない[48]」との指摘は、正論であろう。もし仮に、福祉国家的理想は「弱者の保護」と解され、その手

段が競争政策の否定と結び付くならば、それは競争政策そのものの否定でしかない。競争政策を否定することは、現代の自由経済体制そのものの否定であろう。

しかし、ここで誤解のないように強調しておきたい。それは、倒産する事業者や労働者の救済の必要なことも当然であるということである。競争政策が、競争による価格メカニズムで調整すべきであるという場合には、当然、同時に所得再配分、生活保護、社会保障の施策をする必要があることが前提なのである。[49] 奥野教授も、競争のメリットについて述べた後、「このことは弱者や敗者を切り捨てることではない。富んだ人から貧しい人に所得を再分配し、身体に障害のある人に社会生活に必要な援助を与えることは、機会均等の原則と矛盾しないからである」[50] と指摘されていることを特に強調したい。そして、このように捉える限りは、競争政策と福祉国家的理想とは矛盾・対立する関係ではないのである。[51] 現代の福祉国家的理想は、国民生活の最低水準を保障するための社会保障、労働基本権の保障、自由かつ公正な取引の確保、公害防止・環境保全などを目的とするといえよう。それを端的に現わしているのが、労働法、社会保障法および経済法等による規制である。そして、経済法の分野では独占禁止法が、いわゆる経済憲法といわれるのである。それにもかかわらず、「弱者の保護」と関連して、競争政策（独占禁止政策）の部分だけが欠落したり否定される場合が少なくない。これは重要な問題である。丹宗教授の言葉を借りれば、「『営業の自由』をかような一八世紀的市民法理の中においてのみ理解する見解は、広義の経済活動の自由の現代的な社会経済構造を無視した議論として、批判に価しよう」[52] という指摘となり、さらに、二〇世紀憲法として、「生存権（二五条）や労働基本権（二七条、二八条）のような社会権的基本権を保障しているわけで、その憲法の下で、財産権に関してだけ自由権的財産権制度しか採用していないと考えることは、極めてアンバランスといわざるを得ない」[53] ことになる。しかし、従来からわが国でいわれた福祉国家的理想は、「弱者の保護」「生存権の保障」と関連して、自由かつ公正な取引の確保すなわち競争政策の部分だけが欠落していたことである。後述するところでもあるが、わが国では法制上は競争政策が採ら

れているが、競争の場に「自己責任」を持って参加し、その結果を甘んじて受けるという厳しい精神的風土は、残念ながらまだできていないのである。そして本判決も、福祉国家的理想と競争政策は対立するという認識が基本にあるように思われることである。

(32) 樋口陽一「『職業の自由』とその制限をめぐって」『判例タイムズ』三二五号六頁。
(33) 佐藤功「薬事法違憲判決について」『判例時報』七七七号六頁、戸波江二「薬事法六条二項、四項に定める薬局開設の距離制限は憲法二二条一項に反する」『法学協会雑誌』九四巻一号一二六頁、高見勝利「薬局開設の距離制限と職業選択の自由」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』(一九八二、敬文堂)四二三頁など参照。しかし、二分論に対する否定説もある。棟居快行「財産権の制約根拠論再考」『公法研究』五一号一二一頁以下参照。
(34) 臨時行政改革推進審議会事務室『規制緩和——新行革審提言——』(昭六三、ぎょうせい)七頁。浦部教授も、「二分論をとることによって、何が実現されるのか、あるいは何を実現しようとしているのか、ということである。従来の議論において、二分論を肯定する側も、あるいは否定する側も、この点について十分自覚的であったかどうか、私は、いささか疑問なしとしないのである」と指摘されている。浦部法穂「財産権制限の法理」『公法研究』五一号一〇二頁。
(35) 滝川敏明「産業規制と競争政策」『公正取引』三一六号二八頁参照。
(36) 鳥居泰彦「物価安定政策と行政介入」『ジュリスト』四六〇号七八頁。
(37) 伊藤隆敏「運輸規制の政治経済学」現代経済研究グループ編『日本の政治経済システム』(一九九〇、日本経済新聞社)二〇二頁参照。
(38) 覚道豊治「薬事法六条二項、四項と憲法二二条一項」『民商法雑誌』七四巻二号三〇八頁参照。
(39) 今村成和「『営業の自由』の公権的規制」『ジュリスト』四六〇号四五頁。
(40) 樋口・前掲注(32)四頁参照。
(41) 芦部信喜「薬局距離制限の違憲判決と憲法訴訟」『ジュリスト』五九二号一七頁。
(42) 宮崎良夫「薬局等の適正配置規制と職業の自由」『憲法判例百選I』一一五頁。
(43) 奥野・前掲注(13)七頁。
(44) 中山・前掲注(6)八頁参照。なおこの「福祉国家」についての批判は、浦部・前掲注(34)九六頁以下参照。

(45) 中山・前掲注（6）八頁参照。
(46) 中山・前掲注（6）九頁、芦部・前掲注（41）一七頁（注1）参照。
(47) 小嶋和司「薬事法第六条第二項違憲判決について」『判例評論』一九八号一四二頁参照。
(48) 奥野正寛「政府の役割⑤」（やさしい経済学）『日本経済新聞』平成三年一二月一四日号。
(49) 座談会「新しい産業体制と経済政策」『経済評論』昭和三七年八月号において、東京大学の小宮隆太郎助教授（当時）は、「経済学者が消費者主権とかプライス・メカニズムでうまくいくと主張しているときには、当然同時に所得再分配、社会保障が必要だということを言うべきです」（八〇頁）と指摘されている。
(50) 奥野・前掲注（48）。
(51) 同旨か、中山・前掲注（6）八頁。
(52) 丹宗・前掲注（10）一六三頁。
(53) 丹宗・前掲注（10）一七一頁。

四　「弱者保護」の波及性と競争政策

1　保護政策の二者構造

(1)　憲法理論を別にすれば、最初に述べたように、従来からの保護政策には批判が少なくない。それは、政府と既存事業者の利益確保という二者構造で保護政策の必要性が捉えられてきたからである。その結果、消費者の利益確保が無視され、従来から独占禁止法に関わるカルテルのための行政指導や競争制限的な保護政策に批判の多かった理由である。言い換えれば、消費者の利益確保を加えた三者構造で捉えることの必要性を無視していたからであり、[54] 競争政策の無視が原因である。富山教授も、「中小企業・零細企業というと、ともかくそれを保護すること自体が民主的であり革新的であるかのようにみえる。しかし、たとえば、薬事法や小売商業調整特別措置法などにおける、配置の適

正・過度競争の防止を理由とする許可制のねらいは、スーパー・マーケットや生協の締出しにあるといわれるが、これは小売商に対するいわばうしろ向きの保護であって、それが革新的であるとはいい難いであろう[55]」と批判されている。また、根岸教授も、「独禁政策の立場からは、単に経済的弱者であるからという理由のみに基づいて特別の保護を与え、競争からの免除を容認することはできないであろう」とされ、本判決についても、「単なる既存業者保護のための競争制限的参入規制にすぎず、独禁政策の立場からは到底容認することはできない[56]」と批判されている。

(2) 競争政策の立場に立てば、「あえて企業を保護しないという姿勢を貫くということも、重要な政策になる[57]」のである。それを憲法理論としていえば、従来の憲法二二条の「公共の福祉」論は、「弱者の保護」といった二者構造で捉えたことによるものであろう。しかし、経済的規制については、一般消費者の利益が最大限に保障されるべきである。周知のように、アダム・スミスも、「消費は、いっさいの生産の唯一の目標であり、目的なのであって、生産者の利益は、それが消費者の利益を促進するのに必要なかぎりにおいてのみ顧慮されるべきものである[58]」と述べたが、これは独占禁止法が「自由な競争」を手段として、「一般消費者の利益確保」を経済民主化としていることと符合するし、消費者主権とも符合する。「消費者主権」とは、経済社会において何をどれだけつくり、それにどれだけのお金が支払われ、また、そうしてつくられた物が、経済社会のそれぞれのメンバーの間にどのように分配されるかといった問題に対して、最終的に決定をなすのが消費者であるということである。しかし、それは単に、「消費者選択の自由」が確保されていることだけを意味するものではない。消費者主権は、消費者個々人の自由で自主的な選択が、市場の価格と需要のメカニズムを通じて、究極的において企業者にどんな製品をどれだけ生産すべきかを伝達し決定させる「機構」が成立していることを意味するからである[59]。しかも、競争政策を無視して二者構造で捉える「弱者の保護」は、新しい「弱者の保護」の必要に波及するのは避けられない。このような「公共の福祉」論そのものが限界に突き当たるのは明らかであろう。次に西陣ネクタイ事件で考察しよう。

2　西陣ネクタイ事件

(1)　養蚕農家の保護のため、生糸には繭糸価格安定法（昭二六法三一〇）が制定され、価格安定策がとられてきた。生糸の価格について農林水産省が安定基準価格（下限）と安定上位価格（上限）を定める（同法二条）。そして生糸について市場価格が安定上位価格を上回る場合には、日本蚕糸事業団（昭和五六年以後は蚕糸砂糖類価格安定事業団＝事業団と略す）により、事業団の手持ちの生糸を市場に放出して価格を下げる。逆に、安定基準価格を下回る場合には、この価格水準は低すぎるものとして、事業団が生糸の買上げを行って価格を引上げ、安定基準価格を下回らないようにして価格を安定させるのである。その生糸の価格決定は農林水産大臣によって行われるが、その際「生糸の生産条件及び需要事情からみて適正と認められる水準に生糸の価格を安定させることを旨として定める」（同法三条）こととなっているから、低くするはずはない。さらに、昭和五一年四月から生糸の輸入についても、繭糸価格安定法により事業団による生糸の一元輸入の権限が与えられるようになり（同法一二条の六）、強力な輸入規制が敷かれることになった。事業団は、輸入した安い生糸が国内の価格安定を害さないために、これを国際市場価格よりも高い国内価格で販売する。このようにみると、この制度は、生糸について事業団による一元輸入制度と相俟って、養蚕農家の保護政策であるといって差支えない。[60] しかし、この保護政策の結果はどうであろうか。

(2)　生糸はかつて輸出の花形といわれたものであるが、現状では、わが国の生糸価格は世界一高くなり、中国産生糸に比べると二倍の価格といわれる。高値の生糸は絹織物、呉服の高値と消費の減退につながり、各方面からの批判が高まっているのである。

生糸については価格安定政策と一元輸入制度によって、国内の養蚕農家は保護されている。しかし、国際価格に比較して割高な生糸を輸入してネクタイ生地を製造する国内ネクタイ生地製造業者は不利益を受ける。しかも、欧州のネクタイ業者はかかる制約の下にはないので、安い韓国産、中国産の生糸を購入し、これでネクタイを製造して、完

成品であるネクタイを日本に輸出するが、割高の原料の購入を余儀無くされている日本のネクタイ生地製造業者は、欧州製のネクタイに対抗することができず、倒産する。京都西陣のネクタイ生地製造業者が、この繭糸価格安定法は養蚕農家を不当に保護し、ネクタイ生地製造業者を差別して、憲法二二条の営業の自由を侵害するとして争ったのが西陣ネクタイ事件である。しかし、京都地裁は、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

「福祉国家的理想のもとに、いわゆる生存権を保障して、国の責務として、社会的、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策をとることを要請している。そこで、国が、積極的に、右保護政策として、立法により、個人の経済活動の自由に対し一定の規制措置を講ずることも、それが右保護政策の目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるものと解すべきである。」、「ところで、社会経済の分野において、右の法的規制措置を講ずることの必要性の有無及びどのような内容、程度の法的規制措置を講ずるかの選択に関する判断は、……立法府の使命に属する事項である。それ故、このように福祉国家的理想のもとにおける社会経済政策実施のための積極的な法的規制措置をする場合は、社会公共の安全と秩序維持の見地よりする消極的な警察的規制措置と異なって、裁判所は、立法府の裁量的判断を尊重することを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることが明白であるときに限り、これを違憲とすることができるものと解するのが相当である（昭和四五年（あ）第二三号昭和四七年一一月二二日大法廷判決、刑集二六巻九号五八六頁参照〔＝小売市場事件を指す。筆者注〕）」、「本件一元輸入措置及び価格安定制度に関する本件立法は原告ら絹織物生地製造業者の経済的活動の自由を規制するものではあるが、右保護政策の目的達成のために必要かつ合理的な範囲を逸脱したものということができない。少くとも、それは、国会がその裁量権を逸脱し、法的規制措置が著しく不合理であることが明白である場合にあたると解することはできない。」

最高裁判決も、繭糸価格安定法の改正は、「積極的な社会経済政策の実施の一手段として、個人の経済活動に対し一定の合理的規制措置を講ずることは、憲法が予定し、かつ、許容するところであるから、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限って、これを違憲としてその効力を否定することができるというのが、当裁判所の判例とするところである……。」として、問題の法改正も国会の裁量権の範囲内にあるとの判断を示したが、僅か二五行およそ一、〇〇〇字という極めて簡単なものでしかなかった。(61)

3 「弱者保護」の波及性

(1) 西陣ネクタイ事件判決の理論は、「生存権の保障」や「弱者の保護」を「公共の福祉」と解したもので、小売市場事件判決を踏襲するものである。

確かに、立法者は、蚕業農家保護という社会経済政策を採用した。しかし、その結果、絹ネクタイ生地製造業者の営業を破滅に陥れ、その生存権を侵害することになった。仮に、「生存権の保障」や「弱者の保護」を「公共の福祉」と解するならば、一方、「公共の福祉」のために「生存権の保障」や「弱者の保護」をし、他方、絹ネクタイ生地製造業者の営業を破滅に陥れ、その生存権を侵害するという結果をもたらしているのである。阿部教授の、「しかし、その結果、自由競争の下では経済競争に耐ええず滅びる運命にあった者の生存権を保障するために、憲法が原則的なものとして予定する自由主義経済体制のもとで、国家の援助なしに、他の者の権利や自由を侵害することなく正常に営まれてきた営業を破滅に陥れたということになる。これは憲法の予定する自由経済の原則からみて本末転倒である。社会経済政策による自由主義の修正にしても、一方を保護した結果、本来保護を必要としないものを要保護状態にし、かつ、それを放置することは行き過ぎである。とすれば、それは営業の自由を憲法の認める限度を越えて侵害したと解すべきであろう。こうした制度は少なくとも絹ネクタイ業者との関係では（片面的に）違憲といえよう」[62]という批判を、筆者も支持したい。[63]

(2) 名目はなんであれ、「保護」は保護を呼び、「統制」は統制を呼ぶ。何等かの形で政府が介入して保護することは、単にそのものに限らず、他の分野に波及する。例えば、牛肉については、畜産物の価格安定等に関する法律（昭三六法一八三）により、生糸と同様の価格安定制度と一元輸入のもとに、牛肉の国内価格と国際価格との乖離は「異常」と評されるほど大きなものとなり、肉牛生産者の保護政策と消費者の利益の促進とが矛盾した側面をみせていた。[64] また、コメに対する保護政策の結果は、あられ、餅菓子の業界に被害を与えている。[65] そして、消費者は全ての被害を被

るのである。市場メカニズムを無視した保護政策を遂行するためには、社会のなかの誰かがそのためのコストを負担せざるを得ない。小売業者の保護の場合には、それは暗黙のうちに消費者によって負担されるのである。奥野教授の指摘によれば、「中小小売業の保護をやめることで、従業員規模五〇人未満の小売業の労働生産性が米国なみに改善されれば、消費者価格が低下するなどの効果によって、消費者の実質所得は年間三兆八〇〇〇億円―五兆二〇〇〇億円程度増加する。いいかえれば、この試算の仮定が正しければ、消費者が中小小売業者の保護のために毎年負担している額は、一世帯当たり九万九〇〇〇円～一三万七〇〇〇円に上る[66]」のである。

(3) 「弱者の保護」は、別の新しい「弱者の保護」を必要にする。今一度、憲法の「公共の福祉」が問い直されるべきであろう。ちなみに、独占禁止法二一条の自然独占は、独占禁止法の適用除外を規定している。それは「政府規制」→「独占の容認」→「消費者保護」という関連において捉えられているからであり、この適用除外を独占禁止法の本来的限界と解されている理由である[67]。その意味では、このような規制は、「政府規制はまさに独禁政策を補完して、市場機構に適しないものをも競争政策の目的に副って全体として国民経済の効率的観点から運用しようとするものである[68]」といえよう。

(54) 馬川千里「石油価格協定刑事事件」『駿河台法学』五巻二号一〇五頁参照。経済学者からは、「三人ゲーム社会」という言葉で、同様の指摘がされている。奥野・前掲注(13)一二頁参照。

(55) 富山・前掲注(20)二一九頁。

(56) 根岸・前掲注(26)二三六頁、二三七頁参照。

(57) 伊藤元重「経済政策のあり方⑥」(やさしい経済学)『日本経済新聞』平成三年九月一三日号参照。公正取引委員会は、独占禁止法施行からまだ日の浅い昭和二三年四月、既存の経済関係諸法令が独占禁止法の立法趣旨に合致するように改廃されるべきことを関係各庁に対して要望する「経済関係諸法令の改廃に関する意見」書において、特に再検討を要する制度の一つとして既存法律における事業の許認可制度を取り上げ意見表明を行った。しかし、競争制限的参入規制として機能する許認可制度そのものの縮小という要請は全く無視され、許認可制度は数多くの産業分野において残存し、また、新たに導入されるに至

っているのである。根岸・前掲注（26）二二四頁参照。

(58) アダム・スミス（大内兵衛＝松川七郎訳）『諸国民の富（三）』（岩波文庫）四五五頁。

(59) 宮沢健一「消費者主権」北川善太郎・及川昭伍編『消費者保護法の基礎』（昭五二、青林書院新社）二一頁、丹宗昭信・和田健夫「価格に対する直接規制」加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座3』（一九八四、日本評論社）一九二頁参照。

(60) 松下満雄『経済法概説』（一九八六、東京大学出版会）二九〇頁。

(61) 松下満雄「西陣ネクタイ訴訟最高裁判決」『ジュリスト』九五六号七六頁参照。

(62) 阿部泰隆「農畜産物価格の法的側面」『ジュリスト』七三五号三六頁参照。

(63) 同旨、浦部法穂「営業の自由と輸入制限」『ジュリスト』八二九号一五頁、戸波江二「職業の自由」芦部信喜編『憲法の基本問題』（基本問題シリーズ2）二四四頁参照。

(64) 来生新「物価安定のための施策と法」加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座3』（一九八四、日本評論社）二四三頁参照。

(65) 阿部・前掲注（62）三五頁参照。なお、最近の動きでは、現地生産のビラフや日本酒、米菓の原料になる米粉が、コメの内外価格差を背景に輸入が増大し、日本のコメ輸入量は推定四万四千トンといわれている。『日本経済新聞』平成四年四月一日号「増えるコメ輸入」参照。

(66) 奥野・前掲注（13）一〇頁。

(67) 正田彬編『カルテルと法律』（昭四三、東洋経済新報社）二三八頁〔竹下英男執筆〕参照。

(68) 丹宗昭信「政府規制産業と競争政策」『経済法学会年報』二号（通巻24号）一四頁。

五　おわりに——日本人の資本主義観——

1　日本人の競争意識

競争政策の問題は、単に法解釈上の問題に尽きるものではなく、それ以上に、国民の競争意識と深く結び付いているといわなければならない。その事は、裁判官についても憲法学者についても例外ではない。小売市場事件の判決は、

裁判官全員一致の判決であることに注目したい。わが国の国民の競争意識について興味ある発言は、すでに引用したところであるが[69]、それ以外に二、三を掲げて本稿を結びたい。

「自由競争の促進を目的とする独禁法にたいしては、自由主義を標榜し自由競争経済を理想的秩序とする財界、自民党がつねに消極的であるのに対して、社会主義を標榜し自由競争経済の害毒の防除をつねに要求する革新諸政党・団体が積極的であるというのが実情である。われわれが問題の発端として注目するのは、この逆説的事実である[70]。」

「こういう行政指導は、種々の問題点を含んでおり、むしろ徹底的に批判されるべきものをもっているはずであるのに、それが国民大衆から歓迎され、その一層の強化まで要請されるのみならず、これが、日ごろ、行政のあり方に対して批判的な学者からも支持され、かつ弁護さえされているようにみえるのはどうしてであろうか[71]。」

「興味あることは、独禁法の強化に賛成する経済学者でも、運輸業あるいはより広く自家用輸送を含めた交通市場については、政府の直接的な市場介入による競争制限を当然のこととし、中にはいっそう強化すべきであると主張する人が少なくない[72]。」

「日本において進歩的といわれる人々の間に社会主義思想の伝統がつよいことも、市場メカニズムに対する支持をためらわせる要因になっているかもしれない。また、和を尊ぶ日本的風土は、不況産業救済に熱心であり、市場メカニズムの冷酷さに反撥するところがあるかもしれない。……こうした思想状況も、競争政策がともすれば孤立しがちな要因となっているとも考えられる[73]。」

2 「自己責任」の確立

(1) 独占禁止法や消費者保護法のもとで、消費者の利益を無視した行政が存在すること自体、民主主義国の不思議というべきであろう。今日の競争政策を破綻なく機能させるためには、消費者(国民)一人一人の自覚からである。現状のような貧困な政治状況を許し、後ろ向きの保護政策を放任しているのは国民一人一人にほかならない[74]。弱者保護は、世論のバックアップを受け、それに反対する人は、非人間的で、「正義」に反するようにみられ、政治家は世論や正義にかかわることには黙っていない。政治家は、弱者保護の代弁者になり、激しいプレッシャーをかけることに

なる。これが、わが国で保護政策が広く行われてきた原因であろう。鈴村教授も、「競争的市場メカニズムに失敗が生じるたびに行政の監督責任を責め、政治の怠慢をなじる空気が一般市民＝消費者の間で支配的である限り、手厚い保護行政には『国民の付託に応える』という見事な根拠が用意されることになる。一般市民＝消費者が現行の流通規制に見られる過剰介入を退け、より自由で競争的な枠組みから選択の自由を獲得しようとする限り、《官僚的パターナリズム（温情的干渉主義）》への過剰需要を自制して、市場における競争の枠組みが公平である限り競争の帰結に関する《自己責任の原則》を基本的に受け入れることが、決定的に重要だというべきである」[75]と指摘されている。

(2) 消費者（国民）自身に自助努力や自己責任の認識がなければ、企業にのみ「自助努力」や「自己責任」の原則を振りかざすわけにはいかないのは当然である。企業の甘えや行政官庁の保護政策は、消費者（国民）自身の自助努力や自己責任の欠如と表裏一体である。新行革審も、「公的規制の緩和を進めるに当たっては、国民・企業の自己責任の原則の確立とその徹底が不可欠である。国は、このための国民共通認識の確立に最大限の努力を払うべきである。また、国民・企業においても、日常の経済活動やその他の社会的活動において、過度の行政依存体質から脱却し、自由で自立的な活力ある経済社会の創出に向けて一致した努力を払う必要がある」[76]と提言している。

憲法の判例理論でいう「弱者保護」のための保護政策と、企業の「過当競争」のための競争制限的規制の必要性には、共通した考え方があるように思われる。それは、現代の資本主義経済は競争原理にかわるものとして何らかの調整・保護が必要であるという点であり、両者に共通した資本主義観である。銘記すべきは、すでに述べたように、新規参入規制の実体は既存業者の権利擁護に押されての議員立法であり、政党的利益に基づいての立法が少なくないのである。そして現行の保護政策が非効率であればあるほど、従って政策の変更が必要であればあるほど、皮肉なことは被規制者に政策の変更を阻止するインセンティブが働くことである。[77] 競争制限的行為は、それによって、ごく僅かの人々に大きな利益をもたらすからである。しかし、そうであるからこそ、独占禁止法はカルテルや参入阻止を規

制しているのである。しかも、カルテルは経済犯罪として刑罰が科せられている（同法八九条参照）。それにもかかわらず、カルテルや新規参入規制が、日本で大威張りで主張されている事実である。それは、判例理論も含め日本の国民の「反独占」感情や「反独占」的勢力が余りにも稀薄であり弱体だからであろう。いま現実に必要なのは、消費者重視の憲法理論の構築である。

(69) 小宮・前掲注（12）、奥野・前掲注（13）参照。
(70) 岡田与好『自由経済の思想』（一九七九、東京大学出版会）四一頁。
(71) 田中二郎『司法権の限界』（昭五三、弘文堂）二六一頁。
(72) 岡野行秀「わが国運輸行政の問題点」『季刊現代経済』二七号七三頁。
(73) 香西泰「低成長下の競争政策」『公正取引』三八七号一二頁。
(74) 竹中・前掲注（1）四七頁参照。
(75) 鈴村興太郎「流通規制の経済的帰結」宮沢健一編『国際化時代の流通機構』（平三、商事法務研究会）三〇〇頁。法律の分野からは、竹内教授も、「消費者が社会的な弱者であることにあまえて、国に対して保護の要求だけをしていると、いわば〝おんぶだっこ〟の消費者保護になってしまうことである。……消費者が政府による保護だけを求めるようなことになってしまっては、ゆゆしいことであろう」と指摘されている。竹内昭夫「消費者保護法の基本問題」東京大学公開講座(35)『消費者』（一九八二、東京大学出版会）六二頁以下。
(76) 臨時行政改革推進審議会事務室・前掲注（34）一三頁参照。
(77) 植草・佐々木・前掲注（28）二七九頁参照。

〔附記〕最初に述べたように、筆者は憲法については専門外である。本稿を通じて、憲法の重要問題、難解な問題のあまりにも多いことを知ることになった。それと関連して、当然読むべき基本書や論文の見落しを危惧している。所詮、蟷螂の斧に過ぎないかもしれないが、残された憲法の重要問題については改めて考察することにして、取り敢えず本稿を「序論的考察」と題した。

尊敬する先輩川口實教授は、金沢の地に法学部長として赴任されることになった。思い起こせば三〇年以上に亘る長いお付き合いであった。論議に熱中して、空の白む東京の朝を経験したのも昨日のことのように懐かしく思い出される。川口教授のご健康と金沢の地における一層のご活躍を祈念申し上げ、この小稿をもって感謝の微意を表させていただきたい。

〔一九九二・八・二〇〕