

Title	規制改革の現代的課題：憲法の判例理論と独占禁止法
Sub Title	
Author	馬川, 千里(Umakawa, Chisato)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法II：慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008. ) ,p.35- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000002-0035">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000002-0035</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.

# 規制改革の現代的課題

——憲法の判例理論と独占禁止法——

馬川千里

- 一 はじめに——経済学的視点からの考察
- 二 四七年判決にみる積極的規制——「過当競争」論
- 三 弱者保護と「公共の福祉」論  
——「目的と手段」の重要性
- 四 「明白の原則」の判例への波及——第三の規制問題
- 五 おわりに——古い価値観からの脱却

一 はじめに——経済学的視点からの考察

近年の政府規制の緩和（規制改革）は、政府の誤った市場介入が物価上昇をもたらしているという、物価問題や内外価格差を反映したものであった。競争こそが、経済の活力を高め、国民が豊かさを享受できるように必要であるという考え方の現れである。しかし、経済学者の伊藤教授のたとえからすれば、わが国の規制緩和論はまだまだ生ぬるいということである。<sup>1)</sup> それでは、憲法の判例理論はどうであろうか。それが筆者の研究の発端であった。その最初の研究は、一〇年以上も前である。そこにおける考察を通じて、憲法判例の規制二分論（以下「判例の二分論」という）をめぐる重要な問題を知ることになった。

それ以後も継続することになった判例の二分論の考察から、独占禁止法研究者の一般的にいただく競争政策に対する考え方と、憲法の判例理論との間には大きな隔たりが考えられるようになった。特に筆者の注意を引くことになったのは、最近の研究にみられる「見えない憲法」による規律の問題である。棟居教授の述べているのは、「この国では、……日本国憲法とは別の、不文の基本法ないし『最高法規』によって規律されている。……これを私は『見えない憲法』と呼んでいる。……そして、人々の意識に浸透し、実際の国家や社会を動かしてきたのは『見えない憲法』の方であったと考える」という内容である。また、松井教授は、「アメリカでリベラリズムが容認しているのは、基本的には自由な競争秩序を維持するための独占禁止的な規制や、市場原理に委ねておいては適切な調整がはかられない『市場の失敗』の場合に限られている」と述べ、しかし、日本では、「従来の憲法学の理解は、反自由競争主義・反市場原理主義の憲法学だったと言っても過言ではない。実際、日本の憲法学では、自由な競争や市場原理自体がなにか望ましくないものと考えられている感じさえ受ける。……日本のリベラリズムは、きわめて政府による規制に好意的だとさえ言えるかもしれない」と述べていることである。過去に

において独占禁止法の弱体化のために使われてきた「過当競争」や「弱者保護」などを口実にした競争制限的規制が、憲法の判例理論では、現在でも主流を占めているように思われる節があることである。市場経済を建前とする憲法の解釈に、競争否定の立場にたつて解釈を展開する憲法理論の在り方こそ問題ではないかと考える。

結局、人権としての「営業の自由」をめぐる理論は、見える日本国憲法ではなく見えない憲法理論、すなわち市場理論とは異質な憲法理論になっていることである。その結果はどうであろうか。経済学者の矢野教授は、「『経済学を学んだことのない法律家は公共の敵となる可能性が高い』……というのは、アメリカの連邦最高裁判官を務めたルイス・ブランドイスが一九一六年の論文で述べた言葉である。他方、わが国には法学と経済学の間を超えたい壁が存在してきた。経済学的知見が法律に十分反映されてきたとは言えないし、現実の法制度の重要性がわが国の経済学において十分に検討されてきたようにも思えない。新しい世紀を通じてわが国の経済が健全に発展していくためには、市場と法の相互関係の理解を深める必要がある」と述べていることである。また、法学者の安念教授も、「『法と経済学』の視点」について述べた中で、次のようないくつかのいたって常識的な前提を運用するだけでも、有用な知見が得られる場合が多いとして述べているのが、次の三つの内容である。<sup>(5)</sup>

- ① 消費者の選択の自由は、最高度に尊重されるべきである。
- ② 消費者の選択の自由を可能にするには、競争的な市場が必要である。
- ③ 政府の規制は、必要最小限度、つまり市場の失敗を是正する必要がある限り、正当化される。

これらの諸論文により与えられる示唆を手掛かりに、経済学的なアプローチを重視しながら、判例の二分論の再検討を目的とするものである。

(1) 伊藤隆敏『消費者重視の経済学』一三頁(日本経済新聞社、一九九二)。

- (2) 馬川千里「経済活動の自由と競争政策——判例理論の序論的考察——」法研六五卷一二号(一九九二)。
- (3) 棟居快行「日本の秩序と『見えない憲法』の可視化」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』七一頁(日本経済新聞社、二〇〇〇)。
- (4) 松井茂記「『ほっといてくれ』の憲法学から『みんなで一緒にやろうよ』の憲法学へ」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』九三頁(日本経済新聞社、二〇〇〇)。

- (5) 矢野誠「市場と市場競争のルール」矢野誠編著『法と経済学』一頁(東京大学出版会、二〇〇七)。
- (6) 安念潤司「独禁規制強化は逆効果も」(経済教室) 日本経済新聞二〇〇七年一月七日号。

## 二 四七年判決にみる積極的規制——「過当競争」論

### 1 判例の二分論と規制緩和論との比較

昭和四七年の小売市場事件判決(最大判昭四七・一一・二三刑集二六卷九号五八六頁。以下「四七年判決」という)と昭和五〇年の薬局距離制限事件判決(最大判昭五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁。以下「五〇年判決」という)によって、憲法二二条の「公共の福祉」による制約として、積極的規制と消極的規制の両方を含むという「判例の二分論」が採用されることになった。これは「きわめて注目すべき転換」といわれている。<sup>7)</sup>

「積極的規制」は、国民の福祉、社会経済の発展・向上を目的として、国の社会経済政策の一環としてなされる規制である。四七年判決は、積極的規制は「公共の福祉」による制約を、必要最小限度である必要はなく、必要であれば広く規制が認められるべきで、「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、これを違憲とする「(明白の原則)」を採用した。

「消極的規制」は、国民の生命・健康・安全や社会公共の秩序に対する危険の発生を防止するという目的のため

めになされる規制である。五〇年判決は、消極的規制は「公共の福祉」による制約を厳しく解す「厳格な合理性の基準」（必要最小限度の原則）を採用した。

この判例の二分論については、概ね学界における合意が存在しているといわれるが、次のように憲法学者からの批判も少なくない。<sup>(8)</sup> ①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とする見解、②規制二分論を否定する見解、③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論拠に疑問を呈する見解、④消極的規制と積極的規制の二分論に対して、第三の中間的規制を区別する見解、などである。このように多くの批判がされるのは、結局、判例の二分論そのものが疑問視される内容であることが理解されれば十分である。先に進んで具体的に考察する。

それに対し、近年の政府規制の緩和（規制改革）の内容である。その内容は、経済的規制（＝積極的規制）は「原則自由、例外的規制を基本に規制緩和を推進する」であり、社会的規制（＝消極的規制）は「自己責任原則に基づく必要最小限の規制にとどめる」としている。判例の二分論と比較すれば大きな隔たりがあり、積極的規制の「明白の原則」と政府規制緩和論の経済的規制の内容とでは、正反対になっているように思われることである。筆者は、この規制緩和論の区分は政府規制の在り方を検討し、見直しを行っていく上で極めて有効であり、規制緩和推進の立脚点として欠くことはできないと考えることは、新行革審提言と同じである。<sup>(9)</sup> また、川本氏の表現を借りれば、「規制を棄にたとえていえば、経済的規制は『劇薬』であって、本当に必要で有効な場合にのみ使用するのが原則といえる。逆に、誤用による損害は大きい」<sup>(10)</sup>。そうだとすれば、判例の二分論は、その劇薬の使用が安易に認められることになるのであるが、人権保障の見地からは極めて疑問視される内容であると考える。

## 2 固定観念としての「過当競争」論

四七年判決は、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」として、積極的規制には「明白の原則」を採用して合憲の判断を下した最高裁大法廷の最初の判決であり、内容は「過当競争」論である。

商調法（正式には「小売商業調整特別措置法」（昭三四）という）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。小売業界が整然たる秩序を保ち、混乱が起らないことが望ましいという考え方である。同様に、昭和三〇年の公衆浴場距離制限事件判決（最大判昭三〇・一・二六刑集九卷一号八九頁。以下「三〇年判決」という）も、公衆浴場に距離制限をしないと「濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいては浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い」として、公衆浴場の距離制限を憲法二二条に違反するものとは認められなかった。この「無用の競争」論も極めて曖昧であるが、業界が整然たる競争を保ち、混乱が一切起らないことを理想とするものである。しかし、業界の整然たる競争はカルテル的行為に過ぎない。正常な競争を安易に「無用の競争」に結び付ける三〇年判決には、競争に対する理解に欠ける恨みがある。昭和二八年には独占禁止法の大改正が行われ、大幅な緩和が行われた。独占禁止法の適用除外制度も全体の九〇パーセント近くが、昭和二〇年代から三〇年代に導入されたものであった。<sup>1)</sup>三〇年判決は、このような独占禁止法の弱体化の時代を背景とするものであるが、特筆すべきは、最高裁大法廷判決でさえ「競争」の理解に欠ける点が少なくなかったことである。

四七年判決の過当競争による距離制限の是非を考察するにも、競争政策との関係を念頭に置くことが必要であ



る。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。川本氏の述べているように、「政府の不要な経済介入を控えることが必要条件であるが、十分条件ではない。自由な市場がその機能を発揮するためには競争状態が必要であり、それには政府の放任的・消極的態度ではなく、競争状態を守り、創造する積極的政策が不可欠なのである。競争を促進するための独占禁止法が必要な理由である。しかし、わが国では「競争は悪」と考えられ、「過当競争」は諸悪の根源のようにいわれ、カルテルや参入規制のための口実に利用されてきた。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」と述べている。四七年判決も、この「過当競争」を好ましくない競争状態として捉え、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、極めて漠然とした予想だけで参入規制という厳しい規制手段を採用した。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。

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。経済学者の奥野教授は、「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いる」と指摘している。<sup>(14)</sup>

「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。むしろ、経済学者の間では、「過当競争」は存在しないし、「競争」が「過当」であるという表現は殆

ど自己矛盾であると言えられてきた。<sup>(15)</sup> 正常な競争を安易に過当競争と結び付ける判例理論は、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独占禁止法のカルテル緩和論と同じであり、昭和三四年成立の商調法も同一の発想である。正常な競争に過ぎないものを「過当競争」と呼んで距離制限をすることは、全ての業種について新規参入が殆ど不可能になるという結果を招来しかねない。それでは市場経済の否定である。

### 3 過当競争と規制手段の峻別

次の問題は、そのための規制手段である。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。商調法では、政府による参入規制がとられ、四七年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、カルテルは「消費者の敵」であり、カルテルの最大の被害者は一般消費者である。政府による参入規制は、独占禁止法の禁止するカルテルより、競争制限的效果が一層確実かつ強固である。奥野教授も、「競争をもつ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、参入を行政によつ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、参入規制を認めなくてはならない<sup>(16)</sup>」と厳しく批判されている政府規制である。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」という極めて緩やかな「予測」のもとに認めていることである。独占禁止法の不況カルテル（旧二四条の三）と比較してみる。独占禁止法の場合は積極要件として、「商品の価格が平均生産費を現実に下回ることが必要」、消極要件としては「不況事態を克服するために必要な程度をこえていないこと（カルテル期間は三カ月位）」、「カルテルへの加入脱退は自由であること」などが要件とされていた。

それに対し、商調法は極めて緩やかな要件により、規制内容は極めて強固・確実な政府による参入規制であり、しかもその厳しい参入規制は「半永久的」であり、雲泥の差である。

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。憲法の阪本教授も、「過当競争による共倒れのおそれを理由とする市場参入規制……は、既存業者の既得権保護となつて、『公共の福祉』から逸脱する<sup>(18)</sup>」という批判である。

#### 4 競争制限的な保護政策の経済的帰結

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、一般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つた理由である。根岸教授も、四七年判決について、「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<sup>(19)</sup>」という批判である。

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。必要なことは、企業の健全な育成であり保護温存ではない。中小小売商についても同様である。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が肝要<sup>(20)</sup>」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、他方では中小企業

保護を目的とした規制行政を展開してきた。このため流通業の近代化・効率的供給システムの構築が必ずしも十分に進まないのも現状である。<sup>(21)</sup>

四七年判決を考察する上で、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」という指摘である。<sup>(22)</sup>

- (7) 樋口陽一「職業の自由」とその制限をめぐって」判タ三二五号六頁（一九七五）。
- (8) 矢島基美「経済的自由の違憲審査基準論」徳山大学論叢三六号（一九九二）。前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準」佐藤功先生喜寿記念『現代憲法の理論と現実』（青林書院、一九九三）。
- (9) 臨時行政改革推進審議会事務局「規制緩和——新行革審提言——」七頁（ぎょうせい、一九八八）。
- (10) 川本明「規制改革——競争と協調——」八二頁（中公新書、一九九八）。
- (11) 公取委事務局編『独占禁止政策の主要課題』（独占禁止懇話会資料6）一二二頁（大蔵省印刷局、一九七九）。
- (12) 川本・前掲注（10）三三頁。
- (13) 小宮隆太郎「序章」小宮隆太郎ほか編『日本の産業政策』一三頁（東京大学出版会、一九八五）。
- (14) 奥野正寛「日本の政治経済システムを問う」現代経済研究グループ編『日本の政治経済システム』三頁（日本経済新聞社、一九九〇）。
- (15) 馬川千里「憲法と経済活動の自由」駿河台一六卷二号二頁（二〇〇三）。
- (16) 奥野・前掲注（14）二〇頁。
- (17) 館竜一郎・小宮隆太郎・新飯田宏「日本の物価問題」一三〇頁（東洋経済新報社、一九六四）。
- (18) 阪本昌成「憲法理論Ⅲ」二四二頁（成文堂、一九九六）。
- (19) 根岸哲「規制産業の経済法研究Ⅰ」二二六頁（成文堂、一九八四）。

(20) 馬川・前掲注(2) 二五〇頁参照。

(21) 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』二七五頁(東京大学出版会、一九九一)。

(22) 奥野・前掲注(14) 九頁。

### 三 弱者保護と「公共の福祉」論——「目的と手段」の重要性

#### 1 四七年判決と福祉国家的理想

憲法二二条の「公共の福祉」については、「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「日本の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」という指摘とも符合する。

四七年判決も、「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發展を企図しており、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」の図式である。しかし、この判旨は疑問の多い内容である。

社会経済政策の実施がいわゆる憲法上の根拠は、憲法二五条の「生存権」や同法二八条の「勤労者の団結権等」を保障する「社会権」に基づくものである。現実にも、社会保障法や労働法関係の法律により多くの政策が行われている。しかし、ここで重要なことは、福祉国家や積極国家の実現は、自由権の保障にプラスして新しい

基本権としての社会権を保障することであり、社会権の保障のために自由権を制限することではないと考える。憲法の分野からも松本氏は、「経済的弱者の既得権の保護は、そもそも経済的自由を規制する立法目的たりうるのであろうか。……そのために他者の経済的自由を規制し、自由競争を阻害するに至ることは、異なる次元に属する問題である。たとえそのような目的が正当であるとしても、その実現には、他者の自由権を規制しないような手段が用いられるべきである」と述べている。<sup>24</sup>

事業者にとつては競争業者の出現をよるこぶはずはなく、経営の安定を考えれば参入規制に多大の誘惑を感じるのには当然である。しかし、だからといって、新規参入を規制するのは市場経済の否定である。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。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、現代の自由経済体制そのものの否定である。しかし、ここで誤解のないように強調しておきたい。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である。

競争制限的規制による保護政策は、国民が分かち合える「パイ」そのものを小さくしてしまう。中谷教授は、「倒産や失業を恐れて競争を制限するのではなく、徹底的に競争原理に従って経済効率を引き上げ、経済のパイを最大にすることを優先する。その上で、競争の結果発生した所得配分の不平等を、社会保障政策、税制などの所得再配分政策によって是正すれば、社会にとって最適な資源配分が実現するということである。ここでは考え方の順序が重要である。弱者救済のための競争制限から入るのではなく、効率を最大にするために競争原理の貫徹から入る。その後、最大化されたパイを活用して、競争の結果生じた所得の不平等を社会政策によって是正する、という順序である」と述べている。<sup>25</sup>憲法の阪本教授も、「社会・経済的弱者集団の既得権を保護するための

社会政策的な規制)は、この『公共の福祉』には含まれない<sup>(26)</sup>という指摘である。

## 2 西陣ネクタイ事件判決にみる波及問題

憲法二二条の「公共の福祉」こそ、積極的規制の名のもとに行われる恣意的な政府の競争制限的規制に対する阻止機能を果たすべきであろう。判例の二分論で最も疑問視されるのは目的だけが強調されて、そのための手段が軽視されていることである。目的は手段を正当化するものではない。

弱者の保護政策は世論のバックアップを受け、国民の支持を得やすい。それに反対する人は非人間的で、「正義」に反するようみられ、政治家は弱者保護の代弁者になる。これが、わが国で保護政策が広く行われてきた原因の一つである。しかし、市場経済においては、競争を無視した目的だけの追求はかえって逆の結果をもたらすことであり、手段次第では国民や消費者の利益がかえって損なわれる。

生糸の価格安定制度は、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り、それを合憲としたのが西陣ネクタイ事件判決である(京都地判昭五九・六・二九判タ五三〇号二六五頁。最三小判平二・二・六訟月三六卷二二号二四二頁)。阿部教授は本判決について、「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」と述べ、「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<sup>(27)</sup>」という批判である。それでは、競争制限的な保護政策の結果はどうであろうか。川上に当たる養蚕農家を過剰に保護したために、川下までが産業として存立が危うくなった。生糸はかつて輸出の花形といわれたが、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。そして高値の生糸は絹織物、呉服の高値と消費の減退につながるのは当然である。一元輸入導入時の昭和四九年、養蚕農家は二八万一千戸あったが、平成四年は三万五千戸、四九年を一〇〇とすれば一二に激減している。

当然ながら繭生糸も一〇〇から一五に、製糸工場は一〇〇から四七へと半減し、生糸生産は三二万六千俵から八万五千俵、つまり一〇〇から二七に減少した。……養蚕農家を生かそうとしているばかりに、絹織物業まで衰退し、シルク産業（養蚕、生糸、絹織物）全体が滅亡の危機に瀕しているのである。<sup>28</sup>競争制限的な保護政策は、経済全体の沈滞に連なることになる。現に今、規制緩和がいわれる所以である。かくして、平松教授の言葉を借りれば、「これまでの憲法学が、これらの問題に対し、単に経済的弱者の保護といった、素朴で機能しない判断基準しか示すことができなかったことは、反省されねばならない」という指摘となる。

以上のように、憲法学者からは異論が極めて少ないと思われる「弱者保護」さえ、競争政策の見地からは問題が少なくないとなれば、他の曖昧な理由による競争制限的な積極的規制については、どうか。言い換えれば、競争制限的な政府規制が正当化される場合は何かという問題である。

### 3 疑問視される「手段の軽視」

判例理論の「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」ということで、社会経済政策と名のつく政策が憲法二二条の「公共の福祉」に援用され、しかも「明白の原則」で処理されるのでは、「営業の自由」の保障はないに等しい。憲法二二条の「公共の福祉」として援用されるに相応しい社会経済政策といえるかの吟味に耐え得るものでなければならぬと考える。

この問題に関連して、藤井教授は、「積極的な経済規制の場合には目的と手段とが表裏一体となっている場合も多いことを考えると、積極規制の場合には、むしろ実際に採用された手段……に裏づけられた立法目的そのものが『公共の福祉』というに値するかどうか、という目的審査の方が実質的に重要であることがわかるであろう」と述べている。同様に、市川教授も、「人権の制約が公共の福祉を実現するために本当に必要なのか、……



あるいは問題の手段はそういった目的に役立つのかどうか、あるいは他にもっと人権制約的でない規制方法・手段はないのか、といったことについては、全く検討されていない<sup>(31)</sup>という批判である。これらの批判こそ、「目的と手段」の問題提起である。

「目的と手段」を合理的に把握しようとするれば、経済の問題については経済学的アプローチを根拠にすることが、有益な示唆や指針をもたらすことは当然である。経済憲法といわれる独占禁止法も、目的とそのため「競争」という手段との関連において規定され、独占禁止法の適用除外が問題になるのも「競争」との関連においてである。そうすると、競争制限的な政府規制が正当化されるのはどのような場合かという経済学的アプローチの問題である。

#### 4 競争制限的規制と「市場の失敗」

「営業の自由」に対して競争制限的規制が正当化されるのは、世論に同調するに過ぎない「必要性がある」「重要性がある」といった理由では不十分である。樋口教授の言葉を借りれば、「『公共の福祉』ということばを援用することによって、『だから本件における国民の基本的人權の制限は違憲ではない』という結論を出すにすぎないことが、ほとんどつねであった」、そして「このような意味で、もっぱら無規定的な『公共の福祉』のことばでもって事を処理するような最高裁判例のありかたをゆるしてきた責任の一半は、まさに学説の在り方にもあるといわなければならない<sup>(32)</sup>」と述べている。

筆者は、競争制限的規制が正当化されるのは、「市場の失敗」に対する是正という限定された場合でなければならない<sup>(33)</sup>と考える。経済学の分野からも三輪教授は、「規制、産業政策、社会政策などのいずれの名称で呼ばれるにせよ、民間の経済活動に対する政府の関与が『市場の失敗』によってのみ正当化されうるという点について

は、少なくとも経済学者の間では基本的な合意がある。……特定の規制が『経済的』であるか『社会的』であるかは重要ではない<sup>(24)</sup>と述べている。憲法の松井教授も、「アメリカでリベラリズムが容認しているのは、基本的には自由な競争秩序を維持するための独占禁止的な規制や、市場原理に委ねておいては適切な調整がはかられない『市場の失敗』の場合に限られている<sup>(25)</sup>」と指摘している。単に政府規制の名のもとに行われる競争制限的規制は、結局、消費者の利益を害することになり「政府の失敗」である。このことが、独占禁止法をいわゆる経済憲法として位置付ける理由であり、憲法理論でも積極的規制の一つに上げられる理由でなければならぬ。そして、憲法学説が、有効な解釈を示すことの少なかった原因こそ、「市場の失敗」の視点に欠けていたことであると考ええる。しかも、判例の二分論は、「明白の原則」を採用して競争制限的規制を正当化するが、「市場の失敗」理論とでは天と地の違いである。市場経済の原則である競争そのものの否定に結びつきやすい「明白の原則」を前提にして解釈論を進める限り、それは他の関連する解釈にも波及するのは必至である。

- (23) 奥野・前掲注(14) 七頁。
- (24) 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(二・完)」民商一一三巻六号八五三頁(一九九六)。
- (25) 中谷巖「競争は市場の活力⑤」(やさしい経済学) 日本経済新聞二〇〇一年五月一六日号。同様の指摘は、小西唯雄・和田聡子「市場経済の特徴とその批判論(上)」公取六七〇号三二頁(二〇〇六)。
- (26) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』一七三頁(成文堂、一九九三)。
- (27) 阿部泰隆「農畜産物価格の法的側面」ジュリ七三五号三六頁(一九八二)。
- (28) 屋山太郎『官僚亡国論』二一九頁(新潮文庫、一九九六)。
- (29) 平松毅「経済的自由」大須賀明編『憲法(現代法講義)』二二三頁(三省堂、一九八三)。
- (30) 藤井俊夫『経済規制と違憲審査』四五頁(成文堂、一九九六)。

- (31) 市川正人「違憲審査制の軌跡と展望」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』一七〇頁（日本経済新聞社、二〇〇〇）。
- (32) 樋口陽一「公共の福祉」論の現状とゆくえ」ジュリ五〇〇号三七頁（一九七二）。
- (33) 詳細は、馬川千里「規制緩和と憲法の経済活動の自由——憲法、独占禁止法および経済理論の関連において——」駿河台八巻一号一七頁（一九九四）。参考までに、経済学の研究領域で「市場の失敗」といわれるものを上げると、独占禁止法（競争政策）は憲法理論でも積極的規制に上げられている。その他では、①外部性（大気汚染、公害）、②公共財（消防、警察、福祉サービス）、③費用通減産業（電力・ガス・水道事業）、④情報の不完全性、などである。
- (34) 三輪芳朗「社会的規制」の政治経済学」経済学論集六三巻二号二四頁（一九九七）。
- (35) 松井・前掲注（4）九三頁。

#### 四 「明白の原則」の判例への波及——第三の規制問題

##### 1 消極・積極両規制峻別の意義

消極的規制と積極的規制は内容の異なる規制であるという前提にたてば、消極的規制は必要かという問題と積極的規制は必要かという問題を峻別することが必要である。消費者保護基本法を取り上げてみよう。

消費者保護基本法（昭四三）は消費者の利益を掲げ、危害の防止（七条）、公正自由な競争の確保等（二一条）などの九項目を上げている。ここで重要なことは、一方が他方を犠牲にしても良いという関係ではない。例えば、「危害の防止」による消費者の利益確保のために、「公正かつ自由な競争の確保」を犠牲にすることではない。両者は両立する関係にあり、危険の防止や安全性の確保は、競争に一定の条件を遵守させるだけで、競争を制限するものであつてはならない。<sup>36)</sup>

消極的規制は、経済活動が社会に及ぼす危害を未然に防止するための措置である。危険な品物や安全性を欠く

製品を規制したからといって、「営業の自由」が制限されているとは思えないであろう。それは道徳的・倫理的  
理由からも、危険な品物や安全性を欠く製品の販売の規制は当然と考えられ、その規制は止むをえぬものとして  
納得しやすいからである。だから、人権としての「営業の自由」の侵害が問題になるのは、当然に競争制限的な  
積極的規制の方である。判例の二分論をめぐって、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論拠に疑問を呈する見解は、<sup>37)</sup>蓋し当然である。松井教授  
の言葉を借りれば、「あまりにも倒錯していないだろうか」となる。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ぬ」と指  
摘している。同様に、荻部教授も、「アメリカでも、……『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」という指摘である。<sup>40)</sup>この問題を  
経済的側面から考察すれば、市場経済の原則である競争そのものを制限するわけであるから、経済に非常に重大  
な影響を与える。川本氏の言葉を借りれば、経済的規制（＝積極的規制）は「劇薬」であつて、<sup>41)</sup>本当に必要で有  
効な場合にのみ使用するのが原則といえる。逆に、誤用による損害は大きい。判例の「明白の原則」とでは天と  
地の違いである。更に、「明白の原則」は、他の関連する解釈にも波及するのは必至である。

## 2 五〇年判決にみる「競争の評価」

五〇年判決は薬局の距離制限を、国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための  
規制措置として捉え、薬局の距離制限を違憲とした注目すべき判決である。

五〇年判決と四七年判決の二つは、その結論においては違憲対合憲と正反対である。しかし、この二つの判例

理論から推測されることは、積極的目的のための措置として規定すれば、同じ「距離制限」も合憲という判断がくだされるのではないかということである。棟居教授も、「判例理論によれば、規制目的の類型によつて規制手段に対する審査基準が決まることとなる。これは、営業の自由に加えられる規制措置（たとえば距離制限）がそれ自体としては全く同一であつても、その目的が違つただけで、当該措置の審査基準、ひいては合憲性の判定までもが異なりうる、ということを意味している」と指摘した上で、「理論的にみて、司法審査の俎上に載せられているはずの個々の法律が、立法者の凝らすわずかな技巧により名目的な『積極目的』を法文にうたいさえすれば、常に緩やかな審査基準へ逃避できるのは奇妙であらう」と述べている。

その原因は、人権としての「営業の自由」の侵害が問題になるのは、競争制限的な積極的規制の方であるのに、その規制に緩やかな「明白の原則」が採用され、競争が軽視されているからである。競争政策の見地からすれば、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、安全性や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とは明白である。伊藤教授の述べるように、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ための必要要件であるというのは、むしろ逆である。青果店や鮮魚店が腐つたものを売らないのは、そのようなものを売れば悪い評判が立ち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が課せられるからで、食品衛生法による規制（同四条参照）があるからではない。<sup>44)</sup>

五〇年判決は三〇年判決と比較すれば、大きな進歩と評価されたり、「隔世の感」があり、第一級の価値をもつ判例とも評価されている。その理由は、五〇年判決は三〇年判決とは逆に、「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとすることは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたい」と

して違憲としたからである。しかし、その原動力は競争圧力なのである。M・フリードマン教授の言葉を借りれば、「競争が活発に行われることこそ、最高の品質が保障される」<sup>(45)</sup>のである。経済憲法といわれる独占禁止法も、「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」と規定している。しかし、規制緩和に反対する勢力は、「競争が安全性をおびやかす」という主張であるが、消極的規制には良質廉価な製品を生み出す力はない。良質廉価な製品を生み出す原動力は競争圧力なのである。競争圧力こそ、製品の安全を強化する誘因となるとともに、製品の内容・取扱いに関する情報を開示する誘因にもなる。それゆえ、筆者には、五〇年判決が競争の意義を評価していない点については不満が残り、残念といわざるをえない。宮崎教授も、「本判決には、職業選択の自由における平等の契機ないしは反独占の契機はなお十分に考慮されていない」<sup>(46)</sup>という指摘である。競争軽視の「明白の原則」が基本である限り、「競争の重視」は相容れない関係だからである。

判例の二分論について、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とする指摘がある。そして立法目的が消極的規制と積極的規制を複合的にもっている場合には、厳しい方の審査基準を選ぶべきであるとする説や、主たる目的に対応した審査基準を選ぶべきであるといった学説の対立がいわれている。<sup>(47)</sup>その場合、前提にされているのは積極的規制には「明白の原則」が採用されることであるが、疑問の少なくない「明白の原則」を前提にして解釈論を進めるならば、その結果は極めて曖昧な内容となることも当然である。

競争重視の立場からは、医薬品の「危険の防止」という消極的規制のためであれば、薬局の距離制限という競争制限的規制を認めるべきではない。また、薬局の距離制限を既存業者保護のための積極的規制として捉えるならば、競争制限的規制である参入規制を認めるべきではない。三輪教授も指摘のように、競争制限的な規制の認

められるのは「市場の失敗」という例外的な場合でなければならぬ。そして、消極的規制だとしても、「市場の失敗」という例外的な場合を免れるというに過ぎず、「必要最小限度」であることを確認するためのテストは免除されないのである。<sup>48</sup>しかし、判例の「明白の原則」では、それが正反対の結果となるから問題なのである。疑問視される「明白の原則」は、他の関連する解釈にも波及するのは必至である。次に酒税法判決で考察する。

### 3 酒税法判決と新しい視点からの再論

平成四年の酒類販売免許制事件判決（最三小判平四・二二・一五民集四六卷九号二八二九頁。以下「酒税法判決」という）は、酒税の徴収という「財政政策」を目的とする参入規制について、「その必要性と合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法……に違反するものということはできない」と判示した。酒販免許制の合憲性に関する最高裁の最初の判決であり、リーディング・ケースといわれている。しかし、この判決をめぐっては批判的な見解が少なくない。<sup>49</sup>しかも、判決には園部裁判官の補足意見および坂上裁判官の反対意見が付されている。筆者も本判決には反対であり、その結論は変わらないが、「市場の失敗」を視点としての再論の試みである。

酒販免許制については、かねてより憲法二二条に違反するのではないかとして疑義が唱えられてきた。しかし、下級審判決は、いずれも合憲判断で終始しているし、判断基準も一様ではなかった。<sup>51</sup>それで、最初に述べておけば、疑問視される判例の「明白の原則」を前提にして解釈論を展開する限り、その疑問は他の解釈にも波及していくのは避けられないと考えるので、それらの判断基準の考察ではなく、「市場の失敗」からの考察であることを前置きして論を進める。

判例の「明白の原則」を前提としながら、「営業の自由」を少しでも保障しようとするれば、本件について考え

られる第一の解釈は、財政政策を目的とする参入規制が積極的規制に該当するか否かの問題となる。そして、財政政策を目的とする参入規制は、積極的規制である「社会・経済政策的規制」とは異なると解し、「明白の原則」の採用を排除して違憲とすることである。しかし、このような解釈には、次のような疑問が生ずる。

第一は、仮に、そのような理由により違憲としても、疑問視される「明白の原則」そのものの解釈は揺るぎないのであり、それは五〇年判決と共通した疑問である。第二は、積極的規制であれば、「明白の原則」によって合憲と解釈される場合が少なくないのに、財政政策を目的とする場合は正反対の違憲では整合性を欠く解釈である。しかも、四七年判決の「二重の基準論」→「明白の原則」という図式は、「政府規制は好ましい」といった考え方なのである。

次は、本判決のように、財政政策を目的とする競争制限的規制も合憲とする解釈の考察である。第一の疑問は、「営業の自由」の保障は一層薄弱となり、本判決に対する多くの批判の原因であると考える。第二は、合憲と解釈する根拠である。本判決は消極・積極の区別をすることなく、「明白の原則」とは異なる「著しく不合理なものでない限り」という基準を採用して、「明白である場合」が欠落している。また、「明白」という文言が欠落しているだけ厳格化しているかに見えるが、なお極めて広汎な立法裁量を認めるものである。<sup>32)</sup>

本判決に関連していわれることは、判例の二分論には、積極目的とも消極目的とも分類できない目的による経済活動の規制に対して、どういう基準で合憲性を判断するかという問題があったという指摘である。<sup>33)</sup> また、前田教授は本判決について、「明白」の言葉が省かれていることから、四七年判決のような「手放しの立法裁量」論とまではいかず、さりとて薬事法判決の『必要性・合理性』の基準ほど厳しい基準ではなく、その中間に位置づけられるように思われる<sup>34)</sup>と指摘している。更に、小尾氏の指摘は、「本判決は、国の財政目的による規制として、消極目的による規制と積極目的による規制とを区別してきた従来の最高裁判決に対し、新たな類型を明らかに



にしたものと考えられる<sup>(5)</sup>という内容である。このような「第三の規制（中間的規制）」の指摘こそ、判例の二分論とりわけ「明白の原則」を前提として進める解釈の結果であると考える。筆者は、近年の規制緩和論について、そ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と述べてきたが、酒税法判決を機にいわれることになった「第三の規制」は、規制緩和論との違いを一層際立たせることになった。その原因こそ、基本的には「競争の重視」か否かの違いであると考える。そして特筆すべきは、坂上裁判官の反対意見こそ、昭和四五年の物価安定政策会議の「行政介入と物価について」の提言や、昭和六三年の新行革審の提言と符合する内容であり、競争重視の考え方として注目すべきであろうと考える。

#### 4 酒税法判決と「市場の失敗」

繰り返しになるが、政府規制緩和の経済的規制（＝積極的規制）は、「原則自由、例外的規制を基本に規制緩和を推進する」である。「競争重視」の立場を明言したものであり、市場理論では「市場の失敗」の場合であることは、繰り返し述べた通りである。三輪教授も、「規制、産業政策、社会政策などのいずれの名称で呼ばれるにせよ、民間の経済活動に対する政府の関与が『市場の失敗』によってのみ正当化されうるといふ点については、少なくとも経済学者の間では基本的な合意がある。…：特定の規制が『経済的』であるとか『社会的』であるかは重要ではない<sup>(6)</sup>」と述べている。「市場の失敗」理論によれば、「財政政策」は積極的規制に入るのかといったことは重要な問題ではないと考える。「財政政策」を目的とするものであっても、競争制限的規制である場合には規制されるのは当然であり、同様の問題を憲法学説で考察する。

「明白の原則」による人権の規制は広範囲に及ぶことになることから、積極的規制の内容は生存権、勤労権等の保障に対応した、いわゆる弱者保護のために行われる制約に限定すべきだといった理論がいわれてきた（その

当否がここでの問題ではない）。浦部教授は、「今日、政策的な理由にもとづいて営業の許可規制が行なわれているものの中には、経済的弱者の保護ないし社会権の実現という目的とは無関係な目的のためのものがある（例えば、石油業法四条〔供給制限を目的とする〕、酒税法七条以下〔収税を目的とする〕など）。このような場合は、許可制という手段の合憲性以前の問題として、制限の目的の合憲性が問われなければならない」という指摘である。その結果は、「市場の失敗」理論と共通した政府規制に対する厳しい規制結果となることである。

それに対して、「明白の原則」を前提にする解釈の場合はどうであろうか。その場合は、積極的規制に対して、「政府規制は好ましいもの」↓「積極的規制には明白の原則」という極めて広汎な立法裁量が認められる限り、「財政政策」についても違憲とすることには無理があり、むしろ「明白の原則」に近い規制基準（酒税法判決と同じような基準）が考えられるのが自然ではないかと考える。

四七年判決は、「二重の基準論」↓「明白の原則」という図式から、その述べている具体的内容をみると、「社会経済の分野において、……法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、……このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家机关である」と述べている。この四七年判決の内容は、人権としての「営業の自由」の尊重のための説明ではなく、それとは次元の異なる「立法府」の尊重をいつているにすぎない。このような判決に対しては、「初めから経済的自由を真正の基本的権利として考えていないからではないか」という批判は当然であろう。また、藤井教授の言葉を借りれば、「最高裁が人権論よりも国会との関係での裁判所の機能論の方を優先したということを意味している」という指摘となる。次に、酒税法判決について具体的内容をみると、四七年判決と同様に、「営業の自由」の尊重のためではなく、「立法府」重視の説明でしかないことである。平松教授は、「最高裁をはじめとする司法

権は、憲法の原則である自由市場経済を維持発展させる機能を殆ど放棄しているかのように思われる<sup>(61)</sup>という批判である。

### 5 酒税法判決にみる「公共の福祉」論

酒税法判決について、釜田教授は、「租税収入の保全自体が公共の福祉の内容を構成すると一般的に言えるとしても、職業選択の自由を規制することを正当化できるほどの公共の福祉とは言い難いとの疑問が残る」と述べ、「酒類販売業に対する公的規制理由と税の保全とは全く別次元の問題<sup>(62)</sup>」と指摘している。同様に、矢島教授も、「国の政策遂行のための財政政策とその財政政策のもとで採用される具体的措置とはあくまでも異質の問題<sup>(63)</sup>」と述べている。別次元のものや異質のもので憲法二二条の「公共の福祉」に援用するのは間違いであり、「目的と手段」の問題として述べたところである。もし、このような別次元のものや異質のもので憲法二二条の「公共の福祉」に援用されるのであれば、結局、三木教授のいう、「消極的規制の代表である警察的規制ですら積極目的による規制になりかねないと思われる<sup>(64)</sup>」という指摘の通りである。その結果は、ご都合主義の極みである。

競争制限的規制の認められるのは「市場の失敗」という例外的な場合でなければならぬ。その立場に立てば、酒税の徴収を口実にした参入規制も、それが「積極的規制」か「第三の規制」かといった区別よりも、競争制限的な参入規制となっていることの重視でなければならぬ。競争制限的な規制の認められるのは、「市場の失敗」という例外的な場合と考えれば、「第三の規制」についても競争制限的規制は認めるべきではないし、「第三の規制」という類型を考える必要もないと考える。「第三の規制」や財政政策を目的とする規制が問題になっているが、その原因は、積極的規制に「明白の原則」という極めて広汎な立法裁量を認めるからであると考ええる。更に、重要なことは、判例の二分論そのものが、一層曖昧な規制理論に変容することである。

- (36) 川本・前掲注(10) 一〇〇頁。
- (37) 戸波江二「職業の自由」芦部信喜編『憲法の基本問題』二四二頁（有斐閣、一九八八）。前田・前掲注(8) 一九七頁。
- (38) 松井・前掲注(4) 九七頁。
- (39) 今村成和「営業の自由」の公権的規制」ジュリ四六〇号四五頁（一九七〇）。
- (40) 芦部信喜「憲法訴訟の現代的展開」二八五頁（有斐閣、一九八五）。
- (41) 川本・前掲注(10) 八二頁。
- (42) 棟居快行「人権論の新構成」二二三頁（信山社、一九九二）。
- (43) 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』二〇二頁（日本経済新聞社、一九九〇）。
- (44) 原田泰「経済学の冒険」一一九頁（日本経済新聞社、一九九四）。
- (45) ミルトン・フリードマン『政府からの自由』（監修西山千明）一〇四頁（中央公論社、一九八四）。
- (46) 宮崎良夫「判評」憲法判例百選Ⅰ（第一版）一一五頁（一九八〇）。
- (47) 藤井・前掲注(30) 六〇頁。
- (48) 三輪・前掲注(34) 二六頁。
- (49) 亀田信男「酒販免許制の最高裁判決を批判する」法七四九三号一〇八頁（一九九六）。
- (50) 馬川千里「経済的自由と「公共の福祉」論——酒販免許制合憲判決の検討——」駿河台七卷一号七一頁（一九九三）。
- (51) 矢島基美「酒類販売業免許制の憲法適合性」徳山大学論叢四〇号三三三頁（一九九三）。
- (52) 長谷部恭男「判評」法協一一卷九号一四二四頁（一九九四）。
- (53) 平松毅「経済活動の規制緩和の基準と違憲審査の基準（上）」ジュリ一〇七八号五七頁（一九九五）。
- (54) 前田徹生「判評」憲法判例百選Ⅰ（第五版）二一一頁（二〇〇七）。
- (55) 小尾仁「判評」ひろば四六卷五号六四頁（一九九三）。同様の指摘は、戸波江二「職業の自由と違憲審査」法教一七四号三

○頁（一九九五）。

- (56) 馬川・前掲注(50) 八六頁。
- (57) 三輪・前掲注(34) 二四頁。
- (58) 浦部法穂「営業の自由と許可制」小嶋和司編『憲法の争点(新版)』一一七頁(有斐閣、一九八五)。
- (59) 森村進「財産権の理論」一五三頁(弘文堂、一九九五)。
- (60) 藤井・前掲注(30) 三頁。
- (61) 平松毅「塩専売法、酒税法及び特石法と職業の自由」関学四三卷四号三一六頁(一九九二)。
- (62) 釜田泰介「酒販免許制の合憲性」法教九二号一〇五頁(一九八八)。
- (63) 矢島・前掲注(8) 三〇二頁。
- (64) 三木義一「疑問深まる酒類販売免許制の合憲性」法セ三七二号二六頁(一九八五)。

## 五 おわりに——古い価値観からの脱却

経済憲法といわれる独占禁止法は、一般消費者の利益を確保する方向における、経済の民主化を目的としている。そのための手段が「競争」の促進である。だから、競争を制限するカルテルは「消費者の敵」といわれるのである。

それでは政府の競争制限的規制はどうであろうか。競争を制限することが好ましくないことは、「私的」であろうと「公的」であろうと異なることはない。しかし、国家がそんなことをするわけは無いと考えるから、「私的独占」の禁止がいわれたのであるが、現実はそうではなかった。公正取引委員会は、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

各庁に対して要望した。しかし、競争政策の立場からみて最も重要である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、多くの産業分野において残存した新たに導入されるに至っていることである。<sup>(65)</sup> これこそが、「競争」は好ましくない、「政府規制」が好ましいという考えの現れであり、判例の「明白の原則」と共通する競争観である。

「消費者保護」や「規制改革」がいわれながら実現しにくいのは、競争の否定という古い価値観が、いまだに日本社会の根底に強く残っているからである。丹宗教授は、「独占を攻撃する進歩的人々の間でさえ、競争は『悪』ないし『好ましくない』という価値基準が、意識的無意識的に存在した<sup>(66)</sup>」と述べ、香西教授も、「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強いことも、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<sup>(67)</sup>」と述べている。市場経済を建前とする憲法の解釈に、競争否定の立場にたつて解釈を展開する憲法理論の在り方こそ問題であろうと考える。もちろん、新しい法律が制定されたからといって、その内容がすぐ理解され支持されるとは限らない。独占禁止法もその一つであった。経済学と法学者との関係について、経済学者の小宮教授は、「法律学者に対する私の不満は、経済理論の基礎的な考え方についての理解が乏しく、漠然とした世論なるものに安易に同調する傾向なしとしない」というものである<sup>(68)</sup>。しかし、紆余曲折を経ながら独占禁止法の研究者には徐々にではあるが理解されつつあるように思える<sup>(69)</sup>。それに対し、判例の二分論を考察する限り、憲法学の分野においては市場理論の理解は未だしの感がある。

過去において独占禁止法の弱体化のために使われてきた「過当競争」論や「弱者保護」論などを口実にした競争制限的規制が、今日でも憲法学界の主流を占めているように思われることは、筆者には大変な驚きである。更に、市場経済を建前とする憲法の解釈に、競争否定の立場にたつて理論を展開する憲法理論の在り方こそ問題であろうと考える。学閥やイデオロギーや複雑な人間関係を反映して、古い価値観からの脱却は簡単なことではな

いかかもしれないが、古い価値観からの脱却がなければ、遠回りするばかりであると考ええる。繰り返しになるが、矢野教授の述べる、「新しい世紀を通じてわが国の経済が健全に発展していくためには、市場と法の相互関係の理解を深める必要がある」<sup>(70)</sup>。

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。川本氏の述べているように、「政府の不要な経済介入を控えることが必要条件であるが、十分条件ではない。自由な市場がその機能を発揮するためには競争状態が必要であり、……競争状態を守り、創造する積極的政策が不可欠なのである」<sup>(71)</sup>。憲法上の学説でも、独占禁止法が積極的規制の一つとして上げられる場合が少なくないが、競争の重要性がその理由でなければならぬ。憲法の阪本教授も、「経済的自由に関して独特の『公共の福祉』がある」とすれば、それは、市場の外からの制御装置として、国家が独禁法のごとき法令を提供することである<sup>(72)</sup>と述べていることである。

判例の「明白の原則」が採用される限り、最高裁の判例によって事態の改善を期待することは困難であろうと考える。そうだとすれば、新しい立法や法改正により解釈の変更を促すことである。その動きこそ、政府規制の緩和（規制改革）である。更に、競争促進的な規制改革の提案として、芹川氏は、「憲法二二、二九条に手を加えて、自由な競争秩序を守るための規制は許されるが、競争制限・参入制限的な規制は原則として認められない」といった趣旨を条文に明記しておくのもひとつの方法だ。基本的な人権を制限することのできる『公共の福祉』をもう少し類型化し、官僚主導の公共の福祉とならないよう、具体的な中身によって扱いを変えることをはっきりさせるものである<sup>(73)</sup>と述べている。消費者主権がいわれ、企業の自己責任が強調されながら、他方で、政府による生殺与奪の権利を与えていることこそ本末転倒であろう。福祉国家としての国家のなすべきことは少なくとも営、その場合でも人権としての「営業の自由」を侵害しない形で行われるべきであるのは当然である。規制改革

の成否のカギは、改革によって市場競争が実現されるか否かにかかっている。そうだとすれば、判例の二分論の再検討は、人権としての「営業の自由」に対する大幅な政府規制を認めるという、倒錯した「明白の原則」からの脱却でなければならないと考える。筆者には、積極的規制に対して、「法的規制措置が著しく不合理であることとの明白である場合に限って、これを違憲とする」という「明白の原則」が採用されることは、「競争は好ましくない」といった古い価値観の上に構築された、異常な解釈理論のように考えられることである。

(65) 根岸・前掲注(19) 二二四頁。

(66) 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)』一五五頁(有斐閣、一九八二)。

(67) 香西泰「低成長下の競争政策」公取三八七号二頁(一九八三)。

(68) 平林英勝「独占禁止法の解釈・施行・歴史」三八七頁(商事法務、二〇〇五)。

(69) 平林教授は、「わが国において独禁政策が近代経済学(産業組織論)により裏付けられ次第に浸透していくのは、昭和四〇年代以降のことである」と述べている。平林・前掲注(68) 三九四頁。

(70) 矢野・前掲注(5) 一頁。

(71) 川本・前掲注(10) 三三三頁。

(72) 阪本・前掲注(18) 二五七頁。

(73) 芹川洋一「憲法改革」六六頁(日本経済新聞社、二〇〇〇)。