

経済法序説(5)

舟 田 正 之

はじめに

序 章

第1章 経済法の原理と展開

第1節 経済秩序と法秩序

第2節 社会法と経済法（以上、本稿(1)、本誌90号掲載）

第3節 憲法上の経済的自由

一 経済的自由の多義性

二 財産権と経済的自由

三 経済的自由の制限に関する違憲審査（以上、本稿(2)、本誌91号掲載）

四 経済的自由と「経済的力」（以上、本稿(3)、本誌92号掲載）

五 経済的自由の再構成

1 基本権の私人間効力

2 基本権保護義務論

3 経済的自由の制度的把握（以上、本稿(4)、本誌94号掲載）

第4節 経済法の基本原理

一 概 要

二 現代における国家と社会・経済の関係

三 「経済制度」

四 多元主義（以上、本稿(5)、本誌100号掲載）

五 社会国家・社会的法治国家

六 私法秩序・私法社会

七 市場経済と競争秩序

第2章 競争秩序法

第3章 経済的規制法

第1章 経済法の原理と展開 (承前)

第4節 経済法の基本原理

一 概要

(i) 本稿の序章で述べたように、われわれは市場経済体制とそれを支える法秩序の歴史的展開を、近代市民法から「現代法」(経済法を含む)へという視点を中心に、4段階に分けて考えてきた。

- A 市民革命期……近代市民法の形成
- B 自由資本主義(産業資本主義)段階……国家と経済の二元主義、公法と私法の区別
- C 独占資本主義段階……社会法・経済法の生成、独占形成・国家干渉
- D 現代資本主義段階……経済法の新しい展開(独占禁止法を中心とする競争秩序の形成)

その際、市場経済体制を支え維持する法の理念・目的・価値として、基本権、およびその背後にある個人主義、自由主義等の近代法の法理念・法体系を挙げることができる。同時に、それらと社会・経済の実態との乖離、あるいは法理念と法実態(「生ける法」)の乖離を注視すべきことはいうまでもない。

これらについて、本稿では特に経済的自由ないし「取引の自由」を中心として、憲法との関係(第1章第3節一から三、五)、また、独占禁止法と民法との関係(第1章第3節四)を検討してきた。

(ii) 本節では、現代の社会経済における経済法の基本原理を示す、いくつかの視角ないし考え方を取り上げて検討する。

まず本節の二では、現代国家と経済の関係の変化を一般的に概観する。続いて三では、「経済制度」論、四では、多元主義、そして五では社会国家・社会的法治国家に関する議論、六で私法秩序・私法社会、七で市場経済と競争秩序を検討する。

ここで、以下の叙述のあらすじを述べておく。

市民革命・近代市民法の形成に遅れて成立した自由資本主義体制は、国家と

経済の二元主義，公法と私法の区別，立憲主義・基本権・民主主義と私的自治，自己制御的な経済システムを特徴とするが，この体制は，独占資本主義段階・現代資本主義段階に至り急速に崩壊した。

その過程で，旧来の市場経済・私的自治は実質的に大きく変化している。それらは，「経済の政治化」と「経済国家」への変化として捉えることができる（以上，本節二）。

その中であって，市場経済を，経済秩序の基本構造として，いわば「体制（constitution, Verfassung）」の問題として理解しようとしたのが，「経済制度」（Wirtschaftsverfassung）論であった。その具体的な帰結が，中央管理経済体制の否定と，「支配から自由な社会秩序」への「決定」である。それと並んで，経済の秩序原理は「自由な業績競争」であり，経済的自由と所有権，業績競争という「秩序諸原則」に基づくとされ，この経済秩序の実定法上の表現が，「私法秩序」である（「私法社会」論）。

しかし，この経済制度論を憲法，基本権の解釈に持ち込もうとすることは，（西）ドイツの連邦憲法裁判所判決と大多数の憲法学者によって否定される。

日本の現行憲法は，中央管理経済体制の否定という枠の設定にとどまらず，憲法上の経済的自由と私的所有権の保障において，市場経済秩序の客観的原理をも指し示しているのであって，それは「秩序ある市場経済」，すなわち競争秩序である（以上，本節三）。

前記のような現代の国家と社会の様相を捉える有力な見方が，政治的多元主義である。多元主義は，社会の中の諸集団の機能に期待するが，今日ではその実態的基盤の崩壊が起きているようにも思われる。理論的には，多元主義・功利主義に立脚する厚生に関する考え方に対する批判と，その権力観に関する多様な議論が，本稿のテーマである経済的力と自由の考察にとっても有益である（以上，本節四）。

上のように多元主義・功利主義を排する立場からは，現代の国家・社会にとって，福祉国家ないし社会国家の理念の再構築が，経済的自由の意義を捉え返すことにつながる（以上，本節五）。

現代の社会・経済の基本秩序として，「私法秩序」を競争秩序を内包するものとして再生する可能性を検討する。そこでは，契約について新しい見方が参考になろう（以上，本節六）。

本節の最後に，市場経済と競争秩序について再検討する（以上，本節七）。

以上を本稿のテーマに即して示すとすれば、経済的力を制御し、各経済主体の「取引の自由」を確保し、公正な競争秩序を構築するために、基本権（積極的自由としての「経済的自由」と社会権）と「取引の自由」（本稿第3節）、経済的力と自由の関係（第4節四）、社会国家の理念を再検討し（第4節五）、その上に立って、経済法の原理を明らかにする（第4節六、七）。

二 現代における国家と社会・経済の関係

1 「経済の政治化」と「経済国家」

自由資本主義段階における「国家と社会の二元主義」=国家と社会（経済）の区別、という構成（第1章第1節三2）は、20世紀に入り、特に第一次大戦後の欧州諸国において、急速に現実性を失っていく。

一方では、経済の側において、独占資本主義の進行とともに、経済の自立的運行が不可能になり、国家による景気対策や産業保護等を求めるようになる。他方で、経済への干渉を強めた国家は、単なる経済的動機によって活動するのではなく、自己の政治的支配の維持……とくに、諸外国との競争場裡において自国の地位強化をはかり、また、国内の諸階層の個別的利害にきめ細かく対応することによって、「民主主義的統合」をはかる……という第一義的には政治的動機に基づいて活動する。これらによって、社会・経済の領域は、もはや内在的な経済法則にしたがって発展することができなくなり、経済と政治との古典的依存関係は枠が外れてしまったといえよう¹⁾。

上記の現象は、第一次大戦の前後から戦間期のワイマール・ドイツにおいて、「経済国家」と「経済の政治化」として論じられた。それ以前の国家と社会（経済）の二元主義においては、政治が国家領域に独占され、それと引き替えに、国家は経済に対し不干渉を原則としていたのに対し、20世紀に入る頃から、国家と経済が互いに相手方に干渉・浸透するという、現代資本主義的な様相を呈し始めたことが誰の目にも顕著に見られるようになったのである²⁾。

同様のことは、当時の日本でも観察されており、例えば川島武宜 [1941] は、当時叢生しつつあった営団等の特殊法人による経済事業を目の前にして、以下のように述べた。「私法が国家より一応独立し、自律的に運動するところ

1) 以上については、舟田 [1975-77] (7)651頁を参照。

2) 舟田 [1975-77] (1)451頁以下、舟田 [1995] 205頁以下参照。

の経済社会の法であることに対応して、私法の中にある法主体は、一応国家から切りはなされた自由の主体である」、「しかるに、経済自身が……国家による、秩序づけ、統制を必要とする程度が増大するにしたがって、『経済』の自律性に基づく法的独自存在は次第に『国家』の法の体系に融合しはじめる」、「かくして、……国家と経済の融合の基礎の上における、国家即ち経済による一つの規整が支配的となってくる」³⁾。

2 社会的諸勢力の(政治的)組織化

このような「経済の政治化」と「経済国家」をもたらす社会的基盤は、当時のドイツにあっては何だったのであろうか。それは、19世紀に伸張した2つの社会的勢力、すなわち、独占資本主義への転換の中で経済力を握った少数の大企業ないし企業集団と、それに対抗する労働者の諸組織が、それぞれ国家に向けて政治的な力を獲得しようとする動きであった。

1924年、R・ヒルファーディングは社会民主党(SPD)の機関誌に掲載した論考の中で、「組織された資本主義」論を展開した。すなわち、「以前は分かっていたところの産業・商業・銀行資本の諸形態は、金融資本という形態に統一される傾向にある。これは、自由競争の資本主義から組織された資本主義への変遷を意味する」⁴⁾。強大化した少数の大企業集団は、コンツェルン(諸産業にまたがる強固な企業結合の集合体)の形成を推し進め、同時に、ヒルファーディングが「総カルテル」と呼んだように、多くの主要産業において、これら大企業はカルテルを結成し、かつ、国家の経済政策において彼らの利益を反映させるような政治的力の結集を図った。同様に、労働者の諸組織も、雇用者としての各企業と対立するだけでなく、SPDその他の政党とともに政治的実権を握ろうとした。こうして、「組織された資本主義」とは、企業側と労働者側の双方が、政治的な力の獲得を目指して「組織」されることを意味していた。

ワイマル期(1919-1933)のSPDと労働組合は、「社会化」と労働者の経営参加を推し進め、この流れは戦後の共同決定法の制定(1976年)につながることは、前述の

3) 川島武宜 [1941] 107頁以下。本論文について、塩野宏 [1989] 92頁を参照。これに対し、現代国家・社会においても、国家と社会の区別を維持すべきだと論じるものとして、ベッケンフェルデ [1999]、押久保倫夫 [1995] 90頁以下等を参照。

4) 舟田(4) 236頁以下。ヒルファーディングの「組織された資本主義」についての最近の研究として、上条勇 [1977]、上条勇 [1981]、小澤光利 [2012] 等がある。

とおりでである（第2節2）。

このような状況を、公法学者のカール・シュミットは、「経済の政治化」と呼び、国家と社会との区別を維持すべきであるとする立場から批判した。例えば、1923年のカルテル令（前述、第1章第1節四2参照）に関し、それが「弊害規制」、すなわち、全体経済または公共の福祉に反するカルテルを禁止するという規制趣旨にもかかわらず、その実質がカルテルの形成・強化を促進するものであることから、「国家と法律が『経済的な力』の概念と存在を承認していることになる」、と批判した。

後に取り上げるフランツ・ベームやワルター・オイケンらの新自由主義者（戦後、「オールド自由主義」と呼ばれた）も、カール・シュミットとは異なる立場から、この状況を批判した。彼らは、資本主義のメカニズムの機能を著しく困難にさせ、その発展を阻止している様々な「新しい、それまでとは違った性質の組織」が登場し、経済グループが自己の利益を図るために国家に干渉を要求するようになった、これにより、「経済の政治化を通して徐々に経済国家」化していったと批判し、国家の経済への関わり方を原理的に、「オールドムンク（秩序）」として明らかにすることを自らの課題としたのである⁵⁾。

3 「国家と社会」 vs. 「政府と社会」

前出のカール・シュミットは、国家と社会という二元的な対立が緊張を失い、「経済国家」、「立法国家」が完成すると、事態は根本から変わってくる、今や国家は「社会の自己組織」となり、国家と社会との区別は消滅する、と批判的に指摘した⁶⁾。社会はもはや非政治的な「経済社会」ではなく、まさに「政治的共同体」として立ち現れる⁷⁾。国家は「社会の自己組織」となるという認識は、前出の川島武宜〔1941〕も述べていたところである。

第2次大戦後、公法学者コンラート・ハッセは、カール・シュミットと対極的な立場から、次のように述べる。「抽象的で静態的な統一」としての国家という観念は、もはや完全に過去のものになった。そこでは、社会的諸集団が互いに競い合い、国家を奪い合い、国家から諸利益を引き出そうとする。「も

5) 藤本建夫〔2008〕468頁以下参照。当時の新自由主義またはオールド自由主義の詳細については、舟田〔1975-77〕(5)、舟田〔2009c〕、舟田〔2017〕を参照。

6) 舟田〔1975-77〕(5)684頁参照。

7) 舟田〔1975-77〕(7)626頁以下、651頁等を参照。

はや統一的な支配主体をもたない現代の民主制国家は、現代産業社会の自己組織の(全部とはいわないまでも)一部となる⁸⁾。「国家と社会の二元主義」において見たような、社会と区別される、独自の領域としての国家は姿を消し、政治性をはらんだ全体社会の中の1つの機能・活動主体となる。ここでは、『『国家』概念は政治的統一体によって創設される諸権力の行為と作用』としてのみ捉えられる⁹⁾。

ヘッセの説くように、現代における国家と社会を全体として捉えるために、国家の代わりに「政府」という用語を用い、全体社会の中における諸集団・諸権力・諸機関の1つとしての政府、としてみる考え方が有力に唱えられている。一般に、「政府」は、狭義には、内閣および内閣の統轄する行政機構を指すが、より広く、立法・司法を含む国家の統治機関を意味することもあり、ここで政府は後者の意味で用いられている。かつてH・エームケは、ドイツの「国家と社会の二元主義」と対比して、米国では、「政治的な社会」と、その政治的機能を果たす1つの主体としての「政府」から成るとした¹⁰⁾。この見方は、戦後の米国において有力になった政治的多元主義に通じるものである(これについては、本節四で述べる)。

現代においても国家・社会の二元主義的理解を維持すべきだとするか否かに関し、戦後ドイツの公法学において、これを否定するスメント・シューレ(例えば、前記のコンラート・ヘッセやH・エームケ)と、肯定するシュミット・シューレ(例えば、本稿でしばしば引用したベッケンフェルデ)との対立がみられた¹¹⁾。ドイツ公法学におけるこの種の議論は、今日では既に過去の事柄になっているともいえようが、ここでは、次のような歴史的展開の違いに注目したい。

自由主義的社会に関する米国と大陸諸国の違いにつき、ハーバーマスは次のように述べる。アメリカ革命をめぐって現われた自由主義的理解においては、自然状態あるいは自然発生的社会から由来する交易の実質は政治的秩序の枠内

8) ヘッセ [1983] 7頁, 10頁等を参照。

9) ヘッセ [1983] 9頁。

10) Ehmke, H. [1961], 舟田 [1975-77] (1) 467頁以下。本稿, 第1章第1節二3で既に触れた。米国の経済秩序については, 第1章第1節一5を参照。

11) これについては, 栗城壽夫 [1980a] など栗城壽夫の一連の研究, 藤田宙靖 [1975-76] などを参照。

でもそっくり温存され、それどころか、政治的秩序の唯一の目的はこの実質を保全することにある。ここでは社会は生ける全体であり、政府は、そこから分離した契機にすぎず、自然権を実施する任務を取り消し可能な形で付託された部局として把握される。

これに対し、大陸諸国において特にフランス革命に際し現われたのは、社会の総体を組織する制度 (verfassung) の構成という課題設定であった。社会の自然的基盤をあてにすることができないところでは、頽廃し歪められた社会的交易 (社会・経済の実態) に対抗して、「社会総体の秩序の構成」それ自体を試みる必要があったのである¹²⁾。

このような見方がどれだけ歴史の多様性を捉えているかは議論があるところであろうが、この歴史的認識を参考にしつつ、以下では、日本の近代化の歴史において国家と社会の関係をどのように造りかえてきたかという問題意識の下、現行憲法下における国家と経済の関係について検討していこう。

三 「経済制度」

1 「経済制度」に関する諸議論

「経済制度」(Wirtschaftsverfassung 「経済憲法」, 「経済体制法」などとも訳されている) という用語は、それをを用いる論者によって多様な意味合いを持たせられてきた¹³⁾。ここではひとまず、経済に関する基本秩序という広い意味でとらえておく。

もともと、「制度 (Verfassung)」という用語は、前述のように (第1章第2節1参照)、国家・社会全体の基本秩序、という漠然とした意味合いで用いられ、その実定法化としての「憲法」(Verfassungsrecht) という用語とともに用いられてきた。国家と社会の二元主義の下では、国家の基本的仕組み、すなわち国制 (Staatsverfassung) という用語も用いられた。この国制との対比では、

12) 舟田 [1975-77] (7) 636 頁, ハーバーマス [1973] 参照。ハーバーマスは、このようなアメリカ革命とフランス革命の対比に各所で触れている。例えば、ハーバーマス [1984] 317 頁以下参照。

13) 日本の研究において、「経済制度」にふれているものとして、手島孝 [1969] 107 頁以下、金子晃 [1972]、福岡博之 [1973-74]、原島重義 [1973] 146 頁、坂本延夫 [1978]、和田健夫 [1980-1983]、角松生史 [1989] 747 頁、石川健治 [2008b]、山本隆司 [2011] 27 頁以下、舟田 [1975-77] (7) 637 頁, 641 頁等を参照。また、「経済制度」をめぐる争われた投資援助判決に関連して後掲の諸文献をも参照。

「経済制度」は、経済に関する基本秩序ということになろう¹⁴⁾。

この「経済制度」が、第一次大戦後のドイツにおいて議論され出した経緯としては、ワイマール憲法が「近代立憲主義の基盤の上で、社会主義革命を横目に見ながら、はじめて憲法による経済生活の秩序づけを企てた」ことに始まる。それは、ソビエト社会主義という、特定の型の社会主義「体制」を峻拒するといういわば消極的「体制選択」の、憲法レベルにおける表明であった。「経済活動」のありようが当該国家のありようを含む基本構造（したがって社会構成体）、したがっていわば「体制 (constitution, Verfassung)」の問題に上昇してきたともいえる¹⁵⁾。

当時のドイツにおいて、「経済制度」は、社会民主主義者によって肯定的に（「経済民主主義」論）、また逆に、カール・シュミットによって否定的に論じられた¹⁶⁾。その後、フランツ・ベームは、1933年の著書『競争と独占闘争』において、経済制度をはじめて学問体系における重要な鍵概念として用い、その経済制度を中心とする理論構成によって、後の新自由主義 (Neoliberalismus) の法学理論の基礎を作った¹⁷⁾。

第2次大戦後のドイツ経済法学においては、F・ベーム、オイケン等の新自由主義の強い影響下で、経済法の総論として、まずこの「経済制度」が論じられることが多かった¹⁸⁾。また、経済法学以外でも、私法学 (L・ライザー) や公法学 (P・パドゥラ) 等の領域でも、経済制度を取り上げる論考が少なからず存在した¹⁹⁾。

森英樹 [2010] は、早稲田大学 GCOE 「企業法制と法創造」の「特集・憲法と経済秩序」シンポジウムにおいて、「この研究でキーワードとされている『経済秩序』を、ドイツ憲法学の言説でしばしば登場する *Wirtschaftsverfassung* のことと解するか、あるいは文字通りの *Wirtschaftsordnung* と解するか

14) 堀内健志 [2011] 23頁以下、44頁以下は、*Verfassung* には、「国家の基本秩序」、「実質的意味での憲法」、「国制」という意味があるとし、その語源を辿り考察している。

15) 森英樹 [1994] 23頁参照。

16) 舟田 [1975-77] (3)~(5)参照。

17) Böhm, F. [1933], Böhm, F. [1937]。前述、第1章第1節三1(2)などで何度か触れている。詳細は、舟田 [1975-77] (6)~(7)参照。

18) 例えば参照、Pütz, T. [1948] S.23ff, Eichler, H. [1950] S.57ff。

19) Raiser, L. [1977] 所収の、Raiser, L., *Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem* (初出は1950年), Zacher, H. [1965] S.63, Badura, P. [1970] S.17ff。

で、議論の磁場は異なってくるであろう」、と述べる²⁰⁾。

本稿では、前者すなわち、ドイツの「経済制度」(Wirtschaftsverfassung)をめぐる議論をまず概観し、そこから後者すなわち、より一般的な「経済秩序」(Wirtschaftsordnung)と憲法との関係につなぐこととしたい。より具体的には、経済体制の選択をめぐる議論を手がかりとし、そこにある法的問題(特に経済的自由と競争秩序の関係)を検討する。

2 フランツ・ベーム

(1) 「競争原理」に基づく「経済制度」の「決定」

カール・シュミットが、国家制度(または憲法)を「政治的統一体の態様と形式に関する全体決定」と規定したことをうけて、フランツ・ベームは、経済制度を「経済・社会的協働過程の態様と形式に関する全体決定」と定義した。ここから「決定主義」とも呼ばれたが、既にこの点で、経済制度が、経済秩序や経済体制と違う概念として用いられたことは明白であろう²¹⁾。

F・ベームによれば、経済制度には、「競争原理」に基づくものと、「拘束の原理」に基づくものという二つの異なるタイプがある。前者では、競争が第一次な組織的な力であり、後者では、競争がたんに二次的な、規制的な、修正的な原理であるような経済制度である。ドイツは、「営業の自由」を認めた1869年の北ドイツ連邦営業法およびその補完・修正諸法令²²⁾によって、前者の「競争原理」に基づく経済制度を採用したのであり、ワイマール憲法²³⁾、労働法、各種事業法、カルテル令²⁴⁾などもこれを支えるものである。

このようにして、F・ベームは、今日の経済秩序の起点は、「拘束の原理」に基づく中央管理経済体制ではなく、「競争秩序」または「支配から自由な社会

20) 森英樹 [2010] 118頁。

21) オイケン [1958] 73頁以下も、F・ベームのこの経済制度論と同旨(同訳書では「経済憲法」と訳している)。

22) 当時の営業法については、前述、第1節2参照。

23) 殊に「経済生活」の章。前述、第2節2参照。

24) 1923年制定の経済力濫用防止令(前述、第2節4参照)。なお、Ballerstedt, K. [1958]は、F・ベームのこのような歴史認識は、歴史的現実と一致しないと批判する。坂本延夫 [1978] 140頁をも参照。これはその通りであろうが、F・ベームの意図は、歴史を客観的に認識することではなく、それを手懸かりに、自由な市場経済を法的に構成しようとしたことにある。

秩序」への選択がなされたことである、と説く。

(2) 「秩序諸原則」

この「支配から自由な社会秩序」における経済の秩序原理は、国家外的な秩序原理である。すなわち、社会における諸力は、自由な業績競争(Leistungswettbewerb)²⁵⁾の手に任せられることになり、国家がそのような諸力の運動と混り合うことはない。しかし、国家と法は、完全に受身で、事物の自然な運行を完全に自由に行っているわけではなく、間接的な方法によって規制するのである。

国家外的な秩序原理とは、国家と区別される社会・経済の秩序原理という意味であって、しかも、それは国家によって支えられる「秩序諸原則」である。

その一は、正義と法律の枠内での公正な業績競争であり、これを日本の独占禁止法上の概念に置き換えれば、「公正な競争」に相当する。その二は、経済行為をする個人を、経済過程を直接規制するすべての諸規定から解放すること、個人に可能な限りの自由権と支配権を与えること、である。

これに前記の経済制度論を併せ、以上を要するに、第1に、自由な交換経済という経済制度、第2に、経済的自由と所有権、第3に、業績競争という競争規則、の三者が効果的に作用することが必要であるとされる。

以上のようなF・ベームの所説は、近代以降の市場経済体制を、自然発生的な経済秩序ではなく、営業の自由をはじめとする諸規範に支えられた法的な「経済制度」として捉え、それを「支配から自由な社会秩序」における経済の秩序原理、すなわち、公正な業績競争に基づく「間接的な」規制により、個人に可能な限りの自由権と支配権を与えることと規定する点で、経済法の原理を考える上で意義深いものである。

25) 「業績競争」は、中央管理経済体制との対比を背景に、村上淳一〔1988〕が「生産性競争」と訳しているように、各企業の生産性ないし効率性が市場で正確に評価できるような競争、すなわち通常の「能率競争」と同義のようである。

雨宮昭彦〔2005〕251頁以下は、「国民経済の業績向上の手段」としての「競争原理」と述べ、「業績競争」は、「あたかも完全競争における自由競争が存在しているかのように秩序づける」ものと考えられていたとする。同書では、オールド自由主義に共通する「業績原理」に各所で言及があるが、そこでも同義のようである(雨宮昭彦〔2005〕148頁以下、179頁、232頁以下等)。

(3) 人為的な経済システム・私法秩序・間接的介入原則

ドイツや日本の経済法学の成立において見られるように、戦間期（ワイマール期）における様々の新しい現代資本主義的法現象の簇出は、旧来の法体系にする理論の修正——部分的にであれ、全体としてであれ——を迫るものであった。そこで、従来の市民法体系とは別に、「経済法」という新しい独立した領域を見出していこうとする傾向が出てきたわけであるが、その場合でも、その経済法的現象と旧来の自由資本主義下の諸法制度・法規範との関係はどうかという問題に対する十分な解答はなかった。

F・ベームは、まさにこの点を考慮して、これらの新しい法現象と従前からの市民法を統一的に一つの「経済制度」という観点から把握することを図ったのである。市場経済を、人為的な経済システムと捉え、それを構成要素たる「秩序諸原則」として、私的所有権、契約の自由および業績競争によって秩序づけられるとする点に、F・ベームの観点の新しさと独自性を認めるべきであろう。

それを経済法学ないし広く法学にとっての意義をまとめれば、次のようになる。

第一に、F・ベームによれば、前記の「秩序諸原則」に基づく経済秩序の実定法上の表現が、「私法秩序」である（「私法社会」Privatrechtsgesellschaft）。

私法を前提とする競争、ただし、事実としての競争ではなく、F・ベームのいう「業績競争」は、市場経済秩序の構成原理であり、それは、市場経済をして、社会コントロールの非権威的体系にいたらしめる原理である。この意味で、競争秩序は、「法的に構成された自由の体系」（System rechtlich verfaßter Freiheit）である。

第二に、国家による経済に対する介入は、競争秩序の下で、すなわち経済的自由・所有権の保障と「業績競争」という競争規則の下で、いわば「間接的」方法によってなされるのが原則である。すなわち、統制経済体制における直接的な価格等の規制は否定されるべきであり、「市場適合的な」（marktconform）介入が求められる。

第三に、戦後制定されたドイツの独占禁止法（競争制限禁止法=GWB）は、前述の1869年営業法を受け継ぎ、競争原理に基づく経済制度を明確な形で定立したとされる。競争制限禁止法は、単なる経済政策立法の一つなのではなく、私法秩序およびその他の経済法規に関する「基本的秩序」（Grundord-

nung)の明示的実定法化という特別の法的意義を有している。

(4) F・ベームの所説に対する評価

以上のようなF・ベームの所説は、今日の日から見て、上記のような積極的意義が認められると考えられるが、同時に、次のような批判ないし消極的評価もなされるべきであろう。

第一に、F・ベームの経済制度論は、古い「国家と社会・経済の二元主義」に基づいており、現代経済の下では社会・経済の変質こそが取り上げられるべきものと考えられる。F・ベームの所説における私法秩序と秩序諸原則は、まさに自由資本主義の下での市場経済体制に適合的な見方であり、戦間期の「経済の政治化」と「経済国家」という状況下で(前述、第4節21)、市場経済体制の原則を再確認し、秩序諸原則を活性化させようという意義はあるとしても、それだけでは現実に対応できないはずである。

現代の社会・経済には、広く深く国家が介入し、政治的契機が組み込まれているのであって、「私的自治」を従来のまま維持することは非現実的ともいえる。F・ベームらのオルドー自由主義における私的自治の強調、「私法社会」論は、非政治的な、古い自由資本主義段階のモデルの再生を目指しているのではないかという疑問がある。例えば、ハーバーマス[2002]は、F・ベームの説く私法社会は現代経済において事実として消滅しているとし、「私法に対する民主的憲法の優位」を強調する²⁶⁾。

第二に、F・ベームの議論は、抽象度が高いこともあり、また執筆が1930年代という時代的制約もあり、具体的に、現代経済の下で経済政策をどうすればよいという点が不明確なままになっている。彼は、自由放任主義あるいは自然的、「自生的な」秩序論に反対し、経済の秩序づけを強調し、「市場適合的な」介入を提案した。しかし、1937年の『経済の秩序』(Böhm, F. [1937])では、古典経済学に対する批判的立場を正面から打ち出し、「命令経済」とまで呼ばれる程に経済規制の重要性を強調するに至り、ナチズムへの傾斜が明白になる。

第三に、原理的な問題として、オルドー自由主義の競争重視論に対する批判が多様になされている。例えば、K・バラシュテット(Kurt Ballerstedt)は、

26) ハーバーマス [2002-03] (下) 132頁参照。

「経済制度」を「市場によって媒介される経済共同体の基本秩序 (Grundordnung)」と定義した上で、「経済制度は、経済的法則性の客観的構造の中に埋め込まれている。しかし、この法則性は、経済的有用性 (Nützlichkeit) を志向するのではなく、正義を志向して経済共同体に関与することへの法的な評価を排除するものではない」、と述べて、ベームの経済制度論を批判する。

市場経済の仕組みなり自己法則性なりを「聖域」に見たてて、それへの干渉を無益あるいは有害と判断するのも極論に過ぎ、社会的正義の実現を目的とする人間の積極的営為を貶める、いわば「経済自然主義」に導くものである²⁷⁾。実際に、今日の市場経済体制において自由放任のままで自動的に経済が最適に運行するなどということは、極端な自由放任 (無政府) 論者ないし極端なりバタリアニズム論者を除いて誰も信じていない。

第四に、オルドー自由主義における、個別的な経済的規制に対する抑制的態度の基礎には、「経済秩序」に関する政策・法制度を固持することが、競争的な経済秩序と自由主義的かつ民主的な法秩序の相互依存関係にとって肝要であるという考え方があり、これが戦後のドイツで広く支持された理由であり、今日でもその価値を減じていないというべきであろう。公益の名をもってする国家干渉が特定層の私的利益を実質的に優遇するという性格を必然性に帯びることによって、「社会における権力分立」(メSTMエッカー) を侵し、国家が私的利益を担う団体から独立して存在するという意味での国家の中立性、民主主義の原則を崩すおそれがあるという考慮がある²⁸⁾ (この点は、本節四の多元主義に関し再度取り上げる)。

振り返ってみると、F・ベームらのオルドー自由主義は、ワイマール・ドイツ期の国家には、社会の各層の利害が直接入り込むことによって、力を失い弱体化していることを批判していた (本節二参照)。他方で、ソ連などの中央管理経済体制を否定し、資本主義本来の自由を取り戻そうとしたのであって、そこには民主主義との関連という発想はなかった。

しかし戦後になると、F・ベームは「経済制度としての競争秩序と、国家制

27) 以上については、舟田 [2009c] 167 頁以下参照。

28) この点を強調するメSTMエッカー (E.-J. Mestmäcker) は、オルドー自由主義の流れをくむ (しかしそれへの批判も行う) 経済法学・商法学の指導的立場にあった者である。参照、Mestmäcker, E.-J. [1978] (訳書 = メSTMエッカー [1980]), メSTMエッカー [1997], メSTMエッカー [2011], 舟田 [2009c] 172 頁以下等を参照。

度としての法治主義あるいは民主主義とが調和すること」を繰り返し説くようになる。私法によって形成される私的自治、「私法秩序」を基本的なものと考え、「私法に法治国家の希望を見た」のである²⁹⁾。

なお、日本においても、敗戦直後には、政治的民主主義と経済民主主義の両輪が必要であるとの言説が有力に唱えられたが³⁰⁾、その後議論が深まることなく、今日では忘れられているかのごとくである。

(5) 「経済制度」

(i) F・ベームが説いた「経済制度」概念に戻ろう。結論から述べれば、独占資本主義段階以降の市場経済体制においては、従来の国家と経済の二元主義に基づく「経済制度」という概念を一般的に措定することは疑問である。今日では、国家と社会とを包括する全体社会の基本秩序という概念が真実性を帯びてわれわれの前に現れている。

現代資本主義においては、個々の経済行為とその相互関係の場ないし圏という意味での「経済」を語ることはできようが、それらの集積として構造化された領域(Bereich)としての「経済」という概念は、国家と社会の相互浸透が深まる現代の経済社会には妥当しないと考えられる。

自由資本主義段階では(その仮想モデルや自由放任主義思想においては)、「事実上の社会的秩序がそれ自身正しいものであり、経済過程が操作され得ないものとして妥当している限り、経済は、広範な政治的重要性を有する問題ではありえなかった」。社会の制度的枠組は、直接的には経済的であり、間接的にのみ政治的であった(上部構造としての市民的法治国家と、下部構造としての「経済社会=Wirtschaftsgesellschaft」)。

これに対し、既にC・シュミットについて見たように、「経済国家」の生成の基礎にあったのは“経済の政治化”である。それは経済・社会領域そのものからの動きであるとともに、国家の側も、その社会・経済政策を通して経済の政治化を促進する。ここにおいて社会の制度的枠組は再び(自由資本主義段階以前に戻って)、政治的なものになる。

29) 舟田 [1975-77] (6) 296 頁, 302 頁等を参照。

30) 第1章第1節5.1で、独占禁止法が「経済憲法」と呼ばれたこと、我妻榮 [1948b] などが経済民主主義に希望を込めて述べていたことに触れた。

ここにおいては、下部構造としての「経済社会」というより、むしろより広く「(政治的)社会」が、神の秩序(オールド-)でも「自然的秩序」でも最早なく、従って近代初頭とはまた別の前提の下で、人々の政治的思考と行為によって形成されるべき対象となって現われてくるわけである。

(ii) 上記のように、国家と社会の区別に立脚する自由主義的「経済制度」概念が、現実を捉える概念または思考枠組として不適當であるということは、現代資本主義の下における国家と社会との相互浸透という構造変化に基づいている。

経済に関する法秩序の基本的問題は、単に国家が制定法を通して経済に関与してくる場面で生ずるだけでなく、経済・社会そのものの構造の中で生ずる諸々の(それ自体としては法的とはいえない事実上の)問題、特に独占・寡占問題、取引における個別の(特に消費者取引における)優越的地位濫用の問題等が、法秩序において基本的な重要性を有している。

このような構造変化を踏まえるならば、経済・社会を個人の自由な活動の場として捉え、地方で、国家干渉または公的規制を例外的事態としてみることは、もはや現実性を、あるいはモデルとしての有効性を有しているとは言い難い。

このことを図式的にいえば、「自由と規制の二元主義」、あるいは、自由か規制かという二者択一の見方で割り切ろうとするのは、表面的な捉え方であって不十分である³¹⁾。

(iii) 他方で、相対的な経済秩序の独自性を否定することもできない。本稿では、「全体の社会秩序の一部として、その中に埋め込まれた経済秩序(Wirtschaftsordnung)」という表現を用いたところである(本稿1章1節冒頭)。

国家が法的・行政的規制、またはその他の形態によって経済に干渉しようとする場合、それは、規制対象に対する一方的操作ではあり得ない。干渉の対象たる経済は、諸々の財あるいは要素が(あるいは経済主体に即してみれば、多様な経済主体が)互いに影響を与えつつ動いている事象であり、かつそれ自身の固有の法則性を有する独自の秩序(=「経済秩序」)の中での運動であって、国家干渉はそれに影響を与え得る一つの要素にすぎない。経済は、固有の動態と客観的法則性を有する経済秩序として存在しているのであり、それへの国家的

31) 舟田 [1975-77] 各所, 舟田 [1977] 20頁参照。

干渉も、この経済秩序にとっては数多くの与件 (Daten) の一つとして機能するにとどまる。

「社会的 (経済的) 関係は、法秩序によってともに構成され、そしてその限りで法秩序と分離できない」ものであり、その意味で社会的現実が、一方で「意味のない現実」(殊に“自然的経済”)ではなく、他方で「単なる規範的意味連関」でもないとするれば、社会的現実の規範的構造を解明しようとする法学は、社会学・経済学等の経験科学に対してその独自性を保持しつつ共同作業を行うことが要請されよう³²⁾。

3 投資援助判決

(1) 事実関係と判決要旨

上記の新自由主義の「経済制度」が、戦後のドイツで実定法上の問題となったのは、1954年のいわゆる投資援助判決においてである(ドイツ連邦憲法裁判所1954年7月20日判決)。これは、「産業経済の投資援助に関する法律」(1952年)が、主要工業産業部門への重点的な助成政策のために、すべての産業に対し一定額の分担金を納めることを義務づけていたことに関し、その違憲・無効を主張する原告の請求を棄却したものである³³⁾。

本法は、主要工業産業部門への助成と、その他の産業部門からの分担金という明確な差別を軸とするものであったから、本件原告のような反発が生まれるのも当然である。当時の日本において採用された「傾斜生産方式」を想起させるものであって、今日の日から見れば、かなり強引または乱暴な産業政策であり、平等原則からも疑念を生じさせるもののようにも思われる。なお、本判決は今日の憲法学で有力な、目的審査と手段審査等を厳格に行っているわけではない。

本件原告は、新自由主義的観点から同法の基本法(当時の西ドイツ憲法)違

32) 舟田 [1975-77] (7) 630 頁。

33) ドイツ連邦憲法裁判所1954年7月20日判決, BVerfGE 4,17f. 本件については、既に、第3節五1(3)(ニッパータイの所説)、同五3(5)(iii)で簡単に触れた。これに関する日本の研究として、五十嵐清 [1976]、角松生史 [1989] 747 頁、角松生史 [1994] 24 頁以下、高橋岩和 [1997] 79 頁以下、石川健治 [2008b] 129 頁、根森健 [2001]、山本隆司 [2011] 28 頁以下、赤坂正浩 [2012]、舟田 [1975-77] (7) 614 頁以下を参照。高橋岩和 [1997] 80 頁によれば、連邦憲法裁判所は、1979年3月1日判決、1986年11月26日判決において、本判決と同様の判示を繰り返し述べている。

反を主張した。すなわち、「経済を、与える経営と受け取る経営とに分けることは、基本法の平等原則、経済政策上の中立性に反し、既存の経済社会秩序に反する。投資援助は、市場適合的な手段ではない」、と。ここで「既存の経済社会秩序」とは、当時支配的であった新自由主義の思想の下で、「社会的市場経済」、社会国家原理を含んだ自由な競争秩序が想定されていた。

連邦憲法裁判所は、原告の主張を斥けて次のように判示した。

「基本法は、行政および立法の経済政策上の中立性も、また、ただ市場適合的な手段によってのみ管理する『社会的市場経済』をも保障していない。基本法の『経済政策上の中立性』は、憲法制定者は明示的にはある一定の経済体制に対して決定を下さなかった、ということのみに存する。このことは立法者に、基本法を遵守する限り、その時々適切であると思われる経済政策を遂行することを可能ならしめる。」

この判示は、次の a～c を述べたという点において、多くの支持を受けた。

- a. 基本法は明示的に特定の経済体制を決定してはいない、
- b. 「基本法を遵守」という条件の下で、
- c. 「経済政策上の中立性」(＝立法者は、その時々適切であると思われる経済政策を遂行することができる)。

なお、本判決は、この「経済政策上の中立性」とともに、基本法2条1項の「人格の自由な発展を求める権利」から、一般的行為の自由を引き出す「原型」が打ち出されている、という点で、今日でも重要判決とされているが、ここではこの点には立ち入らない。

(2) 経済体制に関する対立軸

これらの論点のなかで、ここでは、上記の判旨が、当時の経済政策論・経済体制論が、中央管理経済体制か、それとも自由な市場経済体制か、という選択肢を中心に議論されていたという背景に注目しておきたい。この選択肢は、当時の新自由主義の論者が特に強調していたことであって、既に始まっていた東西冷戦下でのイデオロギッシュな論争という性格を有していた。

国内政治においては、戦後の新自由主義は、オールド自由主義以外にも多様に広がっており、与党(キリスト教民主同盟＝CDU)はL・エアハルト(経済相・首相)の名に結び付けられるように、「社会的市場経済」というスローガンの下、社会国家理念と新自由主義の結合という実践的な方向をとった。

これに対し、より自由主義的な路線をとる自由民主党(FDP)と、社会国家の方向を目指す社会民主党(SPD)は、それぞれ独自の経済体制論・経済政策論を唱えていた。これら3党とも、前記の中央管理経済体制か自由な市場経済体制かという、経済体制に関する対立軸を強く意識しつつ、それぞれの議論を組み立てていた。

この種の経済体制論を直接に法解釈に持ち込もうとしても、法律家(憲法・行政法学者)が拒否反応を示すのは、ある意味で当然である。彼らにとって、原告の主張は、新自由主義の経済理論、あるいは「社会的市場経済」論に拠って、本法による産業助成政策は「市場適合的な手段」ではないから違憲である、と性急に決めつけたものと受け取られたのであろう。

本判決は、「現在の経済秩序や法秩序は、基本法によれば可能な秩序であるが、決して唯一可能な秩序なのではない。この秩序は、立法者の意思に支えられた経済政策的で社会政策的な決断に基づくものである」とし、その意味での「経済政策上の中立性」を述べ、多くの法学者がこれに賛意を示した。

石川健治[2008c]は、「30年越しの問い」と題して、前記(第1章第1節第(3)「営業の自由」論争)の岡田与好の問題提起を取り上げ、「憲法が、営業の自由という公序を選択している可能性はないか」と問いかける³⁴⁾。そこでは、「営業の自由論争は、日本の憲法学におけるオルドー・リベラリズムの序幕を告げる事件であった(その後、基本的にこの立場を採る見解としては、樋口陽一の学説が代表的である)」と位置づけられている。

しかし、先の問いに対する彼の答えは否であり、「現行憲法の沈黙を、特定の秩序(自由競争秩序)への黙示的決定と読むのは困難であり」、「特定の経済的〈秩序〉を憲法から直接に引き出すことはできない」³⁵⁾、また、「現行憲法から、いかなる立場によるものであれ、特定のOrdoを読み取ることはできない。日本においても、憲法は、〈競争秩序〉への選択については白紙であって、経済政策的中立性を保っているというべきであろう」³⁶⁾、と述べる。

34) 石川健治[2008c]、石川健治[2007]11頁。

35) 石川健治[2008a]147頁。

36) 石川健治[2008b]149頁。石川健治[1999]128頁以下は、新自由主義(フライブルク派)と「社会的市場経済」の議論に触れている。

(3) 経済的自由と「客観的な秩序原理」

しかし、本判決をめぐる問題には、憲法が「特定の秩序（自由競争秩序）＝競争秩序」について決定を下しているかという問いかけではなく、憲法の保障する経済的自由は、主観的自由か「社会経済秩序の客観的原理」かという問いかけも含まれている。

本判決は、「基本法を遵守する限り」という留保にもうかがえるように、財産権や経済的自由の保障を主観的自由としてとらえるにとどまるために、「社会経済秩序の客観的原理としての『営業の自由』」を否定するものとして、O・バハオフ、E・フォルストホーフの批判を受ける。

これに対し、T・マウンツは、本判決は、基本法12条に「客観的な秩序原理」が含まれていないかのような誤解を生んでいるがそれは同裁判所の本意ではなく、そこで確定されたのは「自由で社会的な職業秩序」である、と反論する³⁷⁾。

ここで、「社会経済秩序の客観的原理としての『営業の自由』」、あるいは「客観的な秩序原理」という議論が出されていることが注目される。前述のように（第1章第3節**5**2(5)）、ドイツ連邦憲法裁判所の諸判決は、その出発点となった1958年のリュート判決以降、「基本権の二重の性格」を認め、基本権は、個人の主観的権利であるとともに「客観的価値秩序」または客観的原則規範でもある、としていた。既に詳述した「代理商決定」（1990年）では、「基本法は価値中立的秩序ではなく、基本権規定において客観的な基本決定を下しており、その決定は法のすべての領域に、すなわち民法の領域にも妥当する」と判示された（第1章第3節**5**2(2)）。

ドイツでは、50年代後半から、このような「基本権の二重の性格」論から「基本権保護義務論」への展開がみられるわけであるが、そこでは基本権規定を私人間の紛争に及ぼすという結果だけでなく、むしろ論理的にはそれに先だって、基本権ないし「自由」の意味内容の変質が行われている、という点が重要である。特に職業の自由、営業の自由などの経済的自由という基本権には、主観的自由、国家に対する自由という側面だけでなく、「客観的価値秩序」または客観的原則規範でもある、という捉え方が有力になってきたのである。

前記のO・バハオフらの「社会経済秩序の客観的原理としての『営業の自

37) 詳細は、舟田 [1975-77] (7)を参照。

由』,あるいは, T・マウンツの「客観的な秩序原理」は, 経済的自由という基本権の一側面を指摘したものであり, そこに, 例えば「社会的経済的不均衡」, 社会国家原理などの視点から, 具体的な紛争への適用を検討することになる。

これを具体的に前出の代理商決定の事例で言えば, 競争禁止義務が契約当事者の一方にとって「自己決定」ではなく, 「他者決定」となるような, 「社会的経済的不均衡」をもたらしていないか, という視点を持ち出される。これは一定の価値判断を伴う, 当該取引(条件)に関する客観的認識に基づく規範的判断でもある。

これに対し, 個人の主観的権利の側から問題をとらえ, それへの侵害の可否・程度という観点のみから考える「主観的憲法」論は, 個人の主観的権利としての基本権と社会の客観的な法(秩序)とは, 各々別個の次元に分断されるにとどまり, また, 社会全体に内包されている法秩序の契機的重要性は著しく低下することとなる(ただし, 以上述べたことは, 主観的権利と客観的原則規範という二面性についてのやや図式的な整理にとどまっている)。

最後に, 本判決に立ち戻ってみると, そこでは, 「特定の経済体制を決定してはいない」, 「経済政策上の中立性」などの抽象的な判断がなされたにとどまった。具体的な事例について, 裁判によってこの種の原理問題を扱う困難性を示したともいえよう。

しかし, 今日の日からすれば, 本件事案について, より具体的に, 特定の産業に対する助成のあり方等を踏まえた平等原則, 公正かつ自由な競争秩序(F・ベームの「業績競争」)などが議論されるべきであったとも思われる。その後, ドイツやEU, また近年は日本においても, 私企業に対する保護助成に関する法的統制のあり方が議論されることになる(この点も経済法の重要問題であり, 後に検討する)。

4 EUの「社会的市場経済」

(1) 「社会的市場経済」の明示

上記のような, 憲法は特定の経済体制を決定または明示していない, ということは, 多くの資本主義主義国における憲法に共通して見られることのようにある。しかし, 例外的に, EUは, EU機能条約により, EU加盟国全体によって構成される域内市場における市場経済秩序のあり方について, 一定の選択

を行っている。すなわち、EU 機能条約3条3項は、この人為的に創出される市場は、「社会的市場経済 (social market economy)」であると規定している³⁸⁾。これは、前述したドイツの「社会的市場経済」論に強く影響されたものである。

須網隆夫 [2010] によれば、「社会的市場経済は、市場原則と社会原則の均衡を図るものとして、『欧州社会モデル』に対応するものであり、一方では、国家の定める枠組みの内部における市場力の自由な行使を可能にするとともに、他方における包括的な社会的保護の制度を提供する市場経済である。換言すれば、社会的市場経済の意義は、市場に対する社会的な対抗力を創出することにあるのである」。

社会的市場経済の考え方は、リスボン条約において突然登場したわけではなく、EU (1993年11月以前はEC) は、1980年代後半以降、社会政策を重視し、市場メカニズムの結果生じる社会の歪みに対応しようとしてきた。また、そこにおける諸判決や前記規定が定められるまでの経緯をみると、社会的市場経済という選択には、相当程度に高い民主的正統性が付与されていることを認識できる、と説かれている³⁹⁾。

また、その具体的、規範的意味については、「同条約の発効は、EU 自体が社会的市場経済を選択したことに加えて、各加盟国が、社会的市場経済ではない、より市場主義的な市場経済を選択する自由を制約されることを意味する。EU 条約上、加盟国は、EU の目標の実現を危うくする措置を取ってはならない義務を負っている (EU 条約4条)」とされる。

ここには、一定の枠内における経済体制の決定が見られるのであり、一方で、市場原則に反する中央管理経済体制、他方で、「より市場主義的な市場経済」体制 (例えば自由放任主義) はいずれも否定されていると考えられる。

38) 以下については、主として須網隆夫 [2010] 55頁以下に拠った。ただし、そこにあるように、「加盟国市場を統合した『域内市場の創設』を目的とするEUにとって (EU 条約3条3項)、通常の国家とは異なり、市場は所与の前提ではなく、欧州統合のプロセスの中で、新たに作り上げられる存在である」。また、EU について「憲法」と呼ぶことに一定の留保が必要なこともいうまでもない。前記ドイツの投資援助法判決に関連して、EU の「社会的市場経済」条項に触れたドイツ憲法学の議論を紹介するものとして、山本隆司 [2011] 28頁以下も参照。

39) 須網隆夫 [2010] 59頁参照。

(2) EU の競争法・社会原則

以上のような市場原則と社会原則の均衡を目指す EU 機能条約の法執行は、どのような状況であろうか。

第一に、前者の市場原則を確保するための競争法として、競争制限的協定・協調的行為の規制 (101 条)、市場支配的地位の濫用行為の規制 (102 条)、企業結合規制 (理事会規則 2004 年 139 号) 等の規定が設けられ、厳格な執行が行われている。

このうち、社会原則との関係では、競争制限効果を持つ競争制限的協定 (カルテル) の禁止を定める 101 条 1 項について、雇用の促進、環境の改善といった非競争的利益の考慮から、同項の適用を免除することが許されるか、ということが議論されており、これを認めるともとれる判例もある⁴⁰⁾。

第二に、EU 機能条約は、特定の企業・商品に対する競争歪曲的補助の禁止 (いわゆる「国家補助」規制) (107 条)、公企業に対する競争制限的規制の禁止等 (106 条) を定め、加盟国による個別の反競争的規制を厳しく規制している。

これらの規制についても、一定の場合には禁止から逸脱することが可能であるが (適用除外に近い効果)、公的な任務の遂行の必要性や比例原則などの条件の下、厳密な法的審査を受けることになる⁴¹⁾。

近年の EU は、政治統合、共通外交・安全保障政策、あるいは共通経済・社会政策の面で、困難な状況の下にあることは周知のとおりである。これと対照的に、EU が排他的権能を有する上記の競争政策の面では (機能条約 3 条 1 項 (b)), 活発な法執行を展開しており、目覚ましい成果を挙げているといえよう。もっとも、このような競争法の厳格な執行に対して、個別の案件に関しては多くの批判もなされている。

第三に、EU が排他的権能を持っているわけではないが、政策として強力に進めているのは、電気通信、電力、ガス等の公益事業分野における自由化・競争政策の分野である。

上記のような EU の「社会的市場経済」システムは、加盟国の経済法・経済政策による国内規制にも大きな影響を与える。例えばドイツも、このヨーロッパ

40) 武田邦宣 [2007], 渡辺昭成 [2011], 市川芳治 [2009], 市川芳治 [2010], 市川芳治 [2013] 等の研究を参照。

41) 多くの研究文献があるが、差し当たり、107 条については多田英明 [2011], 多田英明 [2012], また、106 条については青柳由香 [2013] を参照。

パ法の基本原則に拘束され、国内の経済秩序だけではなく、EU 域内市場での競争という観点から、企業・経済活動に対する規制の問題が基本法 12 条 1 項の保障する職業の自由とともに議論されることになる⁴²⁾。

5 日本における憲法と経済秩序

(1) 3つの経済体制論

翻って日本の憲法学において、上記のような「経済制度」論のうち、特に市場経済に関する経済体制論については、どのような議論があったか。

これについては、極めてラフな、かつ表面的な区分けであるが、第一に、反市場主義、第二に、憲法は経済秩序ないし経済体制について何も語っていないとする立場、第三に、憲法は「秩序ある市場経済」、すなわち競争秩序を想定しているとする立場、と整理できる。

第一に、従来の憲法学では、「生存権を保障する福祉国家」と「市場主義による規制緩和」が対立し、概ね前者の反市場主義の立場が採用されてきたという指摘がある⁴³⁾。

第二に、前記引用の石川健治 [2008c] は、「営業の自由」論争の岡田与好の問題提起を取り上げ、「憲法が、営業の自由という公序を選択している可能性はないか」と問いかけ、「現行憲法の沈黙を、特定の秩序（自由競争秩序）への黙示的決定と読むのは困難であり」、「特定の経済的〈秩序〉を憲法から直接に引き出すことはできない」、とする。

第三に、平松毅 [1995] は、憲法は「原理としての秩序ある市場経済を予定して」いるとする。また、樋口陽一 [2009] は、「70年代の営業の自由論争を経た後の憲法学は、反市場の原理主義ではなかった。少なくとも日本国憲法の想定する財産権秩序が、独禁法の言い回しを借りれば、公正かつ自由な市場の維持を含んだ憲法 29 条 1 項の財産権観の上に成立しているという理解は、共有されてきたはずだからである」、とする（前述、第3節五3(5)(v)参照）。

本稿は、最後の第三の立場（競争秩序論）にたつものであるが、上の第一から第三という区別自体が、あまりにラフなものであることは否定できない。本稿のこれまでの叙述を踏まえつつ、この問題をみる視点を再度整理しておく。

42) 例えば、井上典之 [2011] 41 頁参照。

43) 杉原泰雄 [2008]、中島徹 [2007a] 69 頁以下、須網隆夫 [2010] 等を参照。

(2) 社会国家原理を踏まえた市場経済秩序

(i) まず、前記第一にある、市場主義対反市場主義（または福祉国家）という図式自体が疑問である。現代の国家と経済の関係からは、社会法ないし社会国家原理を踏まえた市場経済秩序のあり方を検討すべきであると考えられる（社会法については第1章第2節参照、社会国家については後に本節五で検討する）。

西原博史 [1995] は、一方で、現代の社会国家は、自律に委ねられてきた社会的過程に積極的に介入する限りで、自由放任主義国家と区別され、他方、全面的な統制・計画の責任を握らず、部分的に社会的過程の自律性を前提とする限りで、社会主義国家とは異なるのであり、「このように社会国家は、対立する方向性の中における微妙なバランスの上に成り立っている」、と述べる⁴⁴⁾。

このように、社会国家と自由な市場経済秩序という二者のバランスないし共存として捉えること、あるいは、「片方が市場原理主義で、もう片方が中央集権型社会主義」⁴⁵⁾が両極端だとすれば、これらはいずれも、現行の基本的制度ないし憲法の指し示す経済体制ではないということには、憲法学にとどまらず多くの者に受け入れられてきているといえよう。

これらの両極端のうち、自由放任主義ないし市場原理主義を説く議論としては、今日有力に説かれているリバタリアン市場万能論がまず挙げられよう。市場主義をリバタリアニズム（市場原理主義）の立場から自由放任主義として捉えるのであれば、前記の市場主義対反市場主義という対立軸は明確である。そして、特に社会権を明示する現行憲法の下では、この意味での市場主義の立場をとることはできないと考えられる。

他方の「中央集権型社会主義」は、前記（本節三2および3参照）のように、オルドー自由主義が厳しく批判した中央管理経済体制と同じである。これに加えて、戦前の日本において採用された統制経済体制も、自由競争経済秩序と対立する原理に基づくものとして、現行憲法下では否定されるものと評価される（本稿序章一2、第1章第1節四2等を参照。本節七で再論する）。

(ii) 日本に限らず今日の資本主義国家において現実に議論されているのは、上記の両極端を排した上で、両者の間で、「小さな政府対大きな政府、あるいは規制緩和対政府介入という対立軸」⁴⁶⁾であり、これは特に規制緩和政策への

44) 西原博史 [1995] 53頁以下参照。

45) 金子勝 = 井上達夫 [1999] 11頁（金子発言）。

批判が強まった1990年頃から顕著になった(第1章第1節五4参照)。

ここで、本款(本節三5)の冒頭に示した、3つの市場経済に関する経済体制論(反市場主義、憲法は何も語っていないとする論、競争秩序論)はいずれも、上記の両極端を排した上での議論として理解できよう。

もっとも、第二の憲法は何も語っていないとする論は、この対立軸はそもそも憲法論ではなく、政策論にとどまる、とする議論なのかもしれない。

また、第一の「反市場主義」には、既得権益派、福祉国家論、市民主義的な立場など多様なものが含まれようが、注意すべきことは、これらはいずれも市場経済原理だけでは足りない、自由放任主義ないし市場万能主義を否定する、というものであって、市場経済という仕組みを頭から否定するものではないということである。

いずれにせよ、この種の経済体制論の比較をこれ以上掘り下げて考えることは不毛であろう。検討すべき問題はその先にある、または、「反市場主義」や競争秩序論の中身、さらには、市場経済、自由、規制、政府介入等の中身だといえよう。そこで以下では、これらについてももう少し明確にできないか、という観点から、前記の3つの考え方に立ち入ってみよう。

(3) 社会経済秩序の客観的原理としての経済的自由・社会国家原理

憲法は、「あるべき経済秩序」⁴⁷⁾について、何も語っていないのか？

上記の3つの考え方のうち、第一の反市場主義は、福祉国家・社会国家等を挙げる者が多いが、そこにおける経済秩序については何も触れないか、それぞれの論者が特定の主張を立てる。

第二の考え方は、憲法は「営業の自由という公序」や「特定の経済的〈秩序〉」について明示していないとし、第三の考え方は、「秩序ある市場経済」あるいは「公正かつ自由な市場の維持を含んだ憲法29条1項の財産権観」が憲法によって指示されていると捉える。

憲法上の基本権について、主観的権利だけでなく、経済的自由や私的所有権の客観的(制度的)側面をもみるべきことは、これまで繰り返し述べてきた。

46) 「冷戦型の二分法的なイデオロギー状況を抜けることは大事ですね。片方が市場原理主義で、もう片方が中央集権型社会主義、その間に小さな政府対大きな政府、あるいは規制緩和対政府介入という対立軸がある」(金子勝=井上達夫 [1999] 11頁(金子発言))。

47) 「あるべき経済秩序」という表現は、中島徹 [2007a] 15頁からとった。

憲法はもともと、国家の基本的仕組み、国家と国民の基本的関係（基本権）を定めるとともに、社会・経済の基本的秩序をも定めるものである（第1章第1節2等を参照）。R・スメントの統合理論においては、憲法が国家のみならず——それまで私法に委ねられていた——社会の体制をも規定し、しかもそれは従来の私法秩序の基礎にある実質的な価値の実現を保障するものだとされてきたが、このような考え方は、統合理論特有の意味合いを措くとすれば、現在では広く受け入れられているといえよう。

そうだとすれば、憲法によって、主観的権利としての基本権のみならず、「社会経済秩序の客観的原理」として、経済的自由と社会国家原理（ないし社会法・社会権）を捉える可能性を考えるべきであろう。

(4) 「営業の自由」論争とその継承

前記の「営業の自由」論争において、岡田与好〔1975〕は、「営業の自由」は、①歴史的には、国家による規制からの自由であるだけでなく、何よりも、私人による営業の「独占」と「制限」からの自由であり、②人権として追求されたものではなく、いわゆる「公序」（public policy）として追求されたものであった、と主張した（前述、第1章第1節2等）。

このうちの②は、それまでの法律学が、「営業の自由」（以下、「経済的自由」と言い換える）を、「国家からの自由」として構成するにとどまっていたのに対し、私人間の自由侵害をも射程に入れた、いわば客観的的制度ないし「社会経済秩序の客観的原理」としての経済的自由という構成を提示したものである。

その前提は、上の①であって、経済的自由を、「国家からの自由」にとどまらず、私人間でも保護されるべき積極的自由、実質的自由等として捉え直すことである（前述、第1章第3節53参照）。

夙に、樋口陽一〔1971〕は、「営業の自由」論争における岡田与好の主張を受け止めて、「国家の介入による『営業の自由』……これは独占を統制することによって得られる実質的自由である……の回復ということである」⁴⁸⁾、とし、「反独占型の自由」と「独占放任型の自由」を区別し、今日では、独占放任型の自由を国家法によって制約することを通じて反独占型の自由を回復する、という課題が登場している、とも述べていた⁴⁹⁾。

48) 樋口陽一〔1971〕181頁参照。

その後、樋口陽一〔2009〕は、営業の自由論争では、独禁法型の国家介入は社会法型の競争制限型の国家介入とは論理本質的に違うのだ、という論点が提示されたとし、憲法29条1項の内在的な意味については、29条1項が実は競争維持・回復機能を要求する法内容をも持っているのではないかと指摘する⁵⁰⁾。

このような理解は本稿も共有しているところであり、これを前提にすれば、以下のようにまとめることができよう。

「あるべき経済秩序」を経済体制論とすれば、現行の憲法が示しているのは、市場原理主義と中央集権型社会主義ないし中央管理経済体制の否定であるという枠の設定にとどまるが、さらに、憲法上の経済的自由と私的所有権の保障は、市場経済秩序の客観的原理をも指し示しているのであって、それは「秩序ある市場経済」、すなわち競争秩序である。

(5) 競争秩序維持型の市場経済体制

本稿では既に経済的自由の再構成の検討を踏まえ、憲法上の経済的自由の保障が、主観的自由だけでなく、競争秩序維持型の市場経済体制の保障をも含意しているとし、さらに、そのことの具体的帰結は何かについても若干論及した(第1章第3節**五3**(5))。

そこで述べたように、競争秩序維持型の市場経済体制の保障ということの具体的帰結が、例えば経済的自由や社会権を全く否定するような国家の措置は許されない、前記の用語で言い換えれば、市場原理主義と中央集権型社会主義という両極端は違憲のおそれが強い、というだけのことであれば、実際にはあまり意味がないとの批判があるかもしれない。

しかし、憲法が競争秩序維持型の市場経済体制を保障しているとすれば、それを著しく損なうような立法または解釈は違憲の疑いが生じることになる。例えば、社会全体の利益に反するカルテルは、個別実定法(独禁法等)の規定に違反するか否かにかかわらず、競争秩序維持型の市場経済体制と相容れない(前述、第3節**五3**(5)参照)。

49) 樋口陽一〔2017〕119頁以下(初出は1993年)参照。

50) 樋口陽一〔2009〕17頁参照。樋口陽一〔1994〕135頁は、「独禁法=自由促進立法という観点に関心を示さないできた法学界の傾向」を指摘する。

また同様に、例えば、公共工事・公共調達に関する独禁法の適用除外(競争人札制度の廃止)が産業界から提案されたことがあるが⁵¹⁾、そこにおいて競争人札に代わる適切な競争確保の手段が講じられていないとすれば、これも違憲の疑いが生じると考えられる。

さらに、憲法には、国家の公的介入を規律することだけでなく、市場経済秩序との係わりにおいて、市場が機能するために必要な一定の条件整備を検討するように指し示す、という役割が期待されていると考えられる⁵²⁾。国家による経済介入について、その必要性・合理性を判断する際に、公正な競争秩序の維持という観点が最も重要な参照枠組みとなるといえよう⁵³⁾。

四 多元主義——「市場のアナロジー」

1 政治的多元主義

(i) 前述(本節二3)のような現代の国家と社会の様相について、「政治的な社会」と政府として捉える見方は、主として米国の政治学・社会学等において従来から多様に議論されてきた多元主義的な捉え方と整合的である。ここでは、まず長谷部恭男[2011]による簡潔にした的確な説明を引用しておこう(米国の多元主義については、第1章第1節二3で簡単に触れた)。

「政治的多元主義と呼ばれるこの考え方によれば、民主的政治過程とは、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抗争し妥協する過程である。競争に打ち勝った集団が、自らにとって有利な立法や政治的決定を獲得することができる。そこでの裁判所の任務は、多様な集団の政治活動が

51) 舟田[1982a]、舟田[1982b]を参照。なお、現行法の下でも、競争に適さない場合には随意契約によることが認められており、これは当然のことである。本文で述べたのは、競争に適する場合でも随意契約によることを認める法制度に変えることについてである。

52) 井上典之[2011] 37頁以下参照。

53) この点で1つの参考になると思われるのは、井上典之[2011] 42頁以下が紹介するドイツ連邦憲法裁判所の2つの判決、バイエルン・国家クジ判決(2006年3月28日)と非喫煙者保護法違憲判決(2008年7月30日)、さらに後者に影響を与えた Gambelli 事件の欧州司法裁判所判決(2003年11月6日)である。それらでは、目的審査ではなく、規制の手段審査の段階での比例原則の適用に際して、規制の首尾一貫性の要求から、それぞれの規制の違憲性を導いていること、同裁判所の判断の前提には、職業活動の規制が許されるためには「競争秩序」の維持が必要との見解が暗黙のうちに存在していること、規制の首尾一貫性は、競争秩序の維持・保護と基本法上の経済的自由の保障とを関連づけることにつながっていること、等々が指摘されている。これらの判決については、井上典之[2008]、井上典之[2009]をも参照。

透明かつ公正に行われる環境を整えることである。政治過程では、すべての利益集団に公平な代表の機会が与えられるべきであり、競争と交渉も透明で公正なルールの下に行われなければならない。表現の自由や選挙権の平等が裁判所によって厚く保護されるべき理由も、それらが多様な集団の利害を、公平に議会に代表されるうえで不可欠だからである。経済的自由権を制限する立法について、いかなる違憲審査を行うべきかも、このような民主的政治過程の維持という観点から説明できる⁵⁴⁾。

多元主義の代表的論客とされる R・ダールは、「(多元主義とは) 市民が自分の意見を表明する権利を適切に保護し、市民が他の人々と連帯して政治生活に実際に参加していきたく望んだときに必要な、政党、利益団体、その他の結社を作る権利を保護する制度」であるとし、より本質に即して「組織多元主義」ないし「結社多元主義」とも呼べるとする⁵⁵⁾。

なお、社会的集団 (= 中間団体, 利益集団) は、個人 (= 自然人) に対する用語として用いられ、企業、家族、学校、教会、近隣社会等の団体、あるいは組織、階級、階層もこれに含めて議論されている⁵⁶⁾。

多元主義においては、社会の中の諸集団間の政治的闘争が政府を動かすことが民主主義過程である。ただし、そこに三権分立等の仕組みによるチェック・アンド・バランスが機能することも期待されているが、それを実際に動かすのも結局は諸集団の影響力であるとされる。

その理論的基礎として、米国で発達した現代政治科学は、政治現象の研究において、国家の問題を専ら中心とする従来の見方を排して、社会の諸集団とその権力を対象とし、さらには国家の観念を解体しようとするとは批判されること

54) 長谷部恭男 [2011] 239 頁以下。なお、長谷部恭男の『「価値観が多角的に競合する世界」を所与の前提にした議論』に対する、愛敬浩二 [2004b] 35 頁以下、45 頁以下の批判的考察を参照。

55) ダール=ボセッティ [2006] 16 頁、山内康英 [2014] 6 頁参照。ダールの所説については、ダール [1988]、ダール [2012]、ダール [2014]、杉田敦 [2015] 289 頁以下(「ダールと多元主義」)、盛山和夫 [2000] 25 頁以下等を参照。

56) 例えば、ダール [2012] 40 頁以下参照。「企業、労働組合、宗教団体、政党、その他の社会諸団体・集団は、国家と個人の中間にあるという限りで『中間団体』と一括」できる(大久保史郎 [2003] 161 頁)。欧米では、労働組合、宗教団体、政党、その他の社会諸団体を念頭に置いた議論が多いのに対し、日本では「企業社会」としての特質から、他の社会的集団に比べ、企業の力が突出して大きいので、「企業と人権」というテーマが現実味を帯びて現れる(三並敏克 [2003] の表題である)。

もある。そこには、行動主義的接近方法とプラグマティズムの明白な影響の跡を見ることができる⁵⁷⁾。

(ii) この最後の点(国家と諸集団の関係)については後に触れることとし、ここでは、多元主義的なアプローチは、諸集団の個別の利益の追求が、権力バランスをめぐる動態の中で均衡を生む、という意味で市場のアナロジーになっている、ということに注目したい。

多元主義において、政治は、稀少な社会的資源を求める集団間の闘争を経て、市民(有権者)の選好を集計するシステムであるとされ、法さえも一種の商品であって、需給関係に服している。諸集団は、政治的代表者に圧力をかけ、代表者は、この圧力に市場の行為者と似た仕方に対応し、その最終的な帰結は、政治的均衡である⁵⁸⁾。

このような考え方の基礎にあるのは、ベンサムに起源を持つ功利主義であると説かれている。功利主義は、(a) 事実として主体は私益を追求する、(b) 社会倫理の目的は公益の追求である、という、一見矛盾する二つの主張から成り立つ。私益の追求と公益の帰結を同時に達成する方法として、(α) 共感によって公益を私益と同一視する、(β) 私益の追求が自動的に公益を達成する社会状況(完全競争市場のナッシュ均衡)、(γ) 法や規制によって私益を公益に誘導する(後期のベンサム)、があると説かれる⁵⁹⁾。

功利主義に対しては、近年その再評価がなされつつあるようであるが⁶⁰⁾、私にはこれらに立ち入る知見も能力もないので、以下では功利主義・多元主義について、以前から行われてきた議論をもとに述べる。

2 利益集団と公益・人権の対立

(i) 上記のような社会的集団による国家への影響力を肯定的に捉える見方に

57) ダントレーヴ [1972] 72 頁以下の批判を参照。

58) 以上については、サンステューン [2012] 79 頁以下参照。このような多元主義理解を、本文では、「市場のアナロジー」と呼んだ(山内康英 [2014] 7 頁参照)。しかし、政治における民主主義的統合過程を、市場における自由競争→均衡のメカニズムのアナロジー(構造的な類比)によって理解することは社会認識として妥当とは思われない(後に再検討する)。

59) 山内康英 [2014] 7 頁参照。ベンサムが、私益と公益の自然的な一致原理ではなく、人為的一致原理を説いたことについては、関嘉彦 [1967] 33 頁以下、児玉聡 [2004]、児玉聡 [2012]、高島和哉 [2014] 62 頁以下等を参照。

60) 法哲学年報 [1988]、法哲学年報 [2012]、若松良樹(編著) [2017] 等を参照。

対して、既にワイマール期に、前出のカール・シュミットは、次のように多元主義批判を述べていた。

「経済的社会的な諸対立は、解決されて解消することなく、より公然と、しかもより思慮なく現れるであろう。何故ならば、競い合う諸集団は、一般的な国民投票と国民代表制という回り道をするを強制されないのであるから。」⁶¹⁾

長谷部恭男 [2011] も、前記引用部分に続けて、次のように述べる。「経済的自由を規制する立法の多くは、特定の市場への参入制限や価格統制など、競争を制限する性格を持つ。このような立法は、通常、当該規制からカルテル類似の利益を得ようとする集団のために制定される。[…略…]ところが、この種の規制の立法目的としては、より普遍的で正当らしく見える公益の増進がうたわれることがある。当該立法が真に社会全体の利益となるのであれば、その利益は個々の国民にはきわめて薄くしか及ばない。そのため、個々の国民には自らその立法に向けて努力しようとするインセンティブが生まれにくいはずである。実際に成立する経済規制立法の多くが一部の業界や団体の利益のみに仕えているのではないかと想定されるのもそのためである」。

その具体的な例として、本稿で取り上げた薬事法距離制限事件に関し、この距離制限規定は、既存の薬局の権益保護のために、当時の自民党（厚生族）が主導した議員立法によって定められたものであり、法律の建前と異なり、顧客の生命・安全などを考慮したものではない等と説かれている（第1章第3節34参照）⁶²⁾。

上記のことは、利益誘導政治、個別の利益集団に対するバラマキ政治に墮す危険性等として、既に多くの指摘があり、さらに広く言えば、多数派の専制、衆愚型多数主義等として議論されている事柄につながるものである⁶³⁾。

(ii) 米国の伝統的な共和主義（第1章第1節23等で既に触れた）においては、「政治過程が経済的な利益追求の場となることが、経済的利害に基づく党

61) 舟田 [1975-77] (5) 690 頁参照。カール・シュミットによる多元主義批判の特異性については、杉田敦 [2015] 286 頁以下を参照。

62) 同様の事例として、中島徹 [2007a] 87 頁以下は、小売市場距離制限事件判決、公衆浴場適正配置事件判決を取り上げて、「問題の焦点は、……参入規制という職業選択の自由に対する最も強力な制限を、憲法上正当化することができるかどうかにある」と指摘する。これら諸判決については、第1章第3節31で触れた。

派対立を促し、それが多数派の専制をもたらし、個人の自由への脅威になる」という危険性に早くから気づいていた⁶⁴⁾。すなわち、多様な利益集団が競い合う民主的政治過程にすべてを委ねることは、個人の自由、安全などの国家・社会の基本的価値を掘り崩してしまう危険性があると指摘された。

3 利益集団と民主主義

多元主義的な民主的政治過程において、さまざまな利益集団 (= 社会的集団、中間団体) は、個人の権利・自由を実現する集団的な形態であると同時に、それ自体が一個の社会的権力でもある、というアンビバレントな存在となる。

樋口陽一 [1983] は、「社会的権力と人権」という観点の下、現代においては、「社会的権力からの自由」と「社会的権力への参加」という方向の異なる課題があることを指摘した。すなわち、現代においては、社会的権力は政治的権力としての国家権力との対抗関係における位置と役割が問われることになる。一方で、政党や社会団体を通じた市民の国家権力への参加が課題となると同時に、社会的権力が国家と癒着することによって、「政治過程を支配し、社会的権力が政治権力をいわば僭奪すること」が起こりうる⁶⁵⁾。

さらに、社会的集団に関する一つの見方として、伝統的な捉え方である「国家」と「個人」の対抗関係の間に「社会」を入れ、この社会を構成する基本的要素の一つとして、様々な社会的集団 (= 中間団体) をその固有の性格と役割において位置づけようとする試みが提唱されている。これは、個人が従前の共

63) 本書第1章第1節第3にあげた諸文献を参照。法哲学の分野における多元主義批判として、例えば井上達夫 [1991]、井上達夫 [2006] 8頁以下を参照。ただし、前者では、リベラリズムが「利益集団民主主義」をもたらしたという位置づけをしている。

実定法の分野における多元主義的思考方に関しては、戦後の米国における規制行政について、古城誠 [1986] 273頁以下は、米国では1959年代以降、行政庁が公益擁護者であるという観念が力を失い、インタレスト・グループ理論により、行政庁の活動を説明するようになる、しかし、そこで有力であった利益代表モデルは、80年代になると実体的合理性モデルによって批判される等の過程を明快に説く。また、二本柳高信 [2000-01] は、公共選択論のうち、立法の経済理論 (利益集団論)、Wiley (ウィレー) の虜理論などに触れつつ、利益集団の不釣り合いな政治的影響に対して、司法の積極的介入で対処する傾向を指摘し、その1つとして、反トラスト法を用いて特殊利益に仕える州・地方自治体の経済規制を無効とする「州行為法理」の展開を分析する。

64) 川濱昇 [2004] 80頁参照。長谷部恭男 [2011] 311頁以下、429頁以下、杉田敦 [2015] 78頁以下も参照。共和主義の代表的論考として、サンステューン [2012] 参照。

65) 樋口陽一 [1983] 350頁。

同体や家(ないし家族)組織から放り出され、いわば裸のまま、社会的、政治的権力の影響・支配の下におかれる様相を見せつつある中で、中間団体をより積極的に評価する考え方である⁶⁶⁾。

これに対し例えば、樋口陽一 [1994] は、中間団体の破壊によって「個人」を力づくでつかみだした革命の過程を「ルソー・ジャコバン型」モデルと命名し、個人が集団に埋没する日本において、このモデルを選択することの意義を強調し、論争を呼んだ⁶⁷⁾。

基本権ないし人権という視点からは、いかなる中間団体がいかなる場合・場面・形態で、人権に敵対的か、親和的かを具体的にとらえる必要がある。前述のように、中間団体それ自体が一個の社会的権力でもあり得るし、また、個人の権利・自由を実現する集団的な形態でもあり得るというアンビバレントな存在なのである。

これに応じた形で、国家ないし政治権力との関係が問題となり、中間団体と国家ないし政治権力との関係においても、「国家からの自由」と「国家による自由」という視角が有効であろう⁶⁸⁾ (この2つの自由については、前述、第1章第3節**五3**参照)。

4 対抗力 (countervailing power) の弱体化⁶⁹⁾

多元主義的な民主的政治過程、特にそこにおける社会的集団についての今日の実態はどうなのであろうか。

政治的多元主義論は、特に戦後の米国において盛んに説かれたものであり、数多くの利益集団がそれぞれ単独では政治的少数派であるから、目的を成し遂げるために他の利益集団と連携し、政治システム全体の柔軟性と反応性が高くなり、このダイナミクスの機能によって米国の民主主義は、他の国の失敗をよそに成功することができた、と説いてきた。

対抗力に関する著名な議論として、ガルブレイスは、地域の商工会議所を構成する中小企業、米国在郷軍人会、農業会、労働組合、中小金融機関など多様

66) 大久保史郎 [2003] 160頁以下、大久保史郎 [2004] 等を参照。

67) これについては、高村学人 [1998] を参照。後の樋口陽一 [2010] 43頁は、「代表過程を中間団体の利益誘導から純化する方向」を1つの選択肢として示唆する。

68) 樋口陽一 [1994] 99頁以下、樋口陽一 [2001] 93頁等、さらに大久保史郎 [2004] を参照。

69) この項については、ライシュ [2016]、およびそこに挙げられている諸文献を参照。

な利益集団が、経済成長から得られる利益を広く拡散させる手段になり、経済には民間の市場支配力が存在するため、対抗力(=拮抗力)の拡大によって米
国経済が自律的に自己調整する能力が強化された、と説いた⁷⁰⁾。利益集団と
対抗力、さらに競争の3者は親和的に捉えられていたのである。

しかし、米国では1980年代から、こうした諸々の対抗勢力の経済力が衰退
し、発言権も著しく低下した。ライシュ[2016]が強調するところによれば、
アメリカ人は「ジョイナー(多くの団体に参加する人)」の国であることを止め
た。労働組合、小規模小売店、農協、地方銀行などの対抗勢力は、その勢いを
失った。例えば、各州の「公正取引」法が廃止され、多くの小規模小売店が倒
産し、大規模小売チェーンだけが巨大化した。これと類似の現象は、欧米諸国
や日本においても見られるところである。

もともと多元主義において「多様な利益集団」とまとめられている社会的集
団は、実は、政治的に組織された集団を中心に考えられているのであって、そ
れら諸組織からこぼれた人々の政治的地位、動向を看過しがちである。これ
は、既にワイマール・ドイツにおいて指摘されたことであるが、同様のこと
は、今日の消費者や未組織ないし非正規労働者、零細小売商等の状況につい
ても当てはまる。また、欧米や日本において、かつては農業・漁業従事者による
協同組合等の組織が強力な政治・経済団体として活動していたが、これらの産
業分野への大規模小売事業者や商社等の参入、国際的競争の拡大等もあって、
その対抗力は弱まりつつある。

上記のような各種の利益集団の勢力低下ないし凋落と、それに反比例として
顕著にみられる、浮動層の増大やいわゆるポピュリズムの台頭は、近年の先進
諸国に共通してみられる現象である。

他方で、旧来の利益集団に代わって、1980年代以降、「ネットワーク」が1
種の流行語になり、例えば、「ヒエラルキー vs. ネットワーク」などと呼ばれ
るように、「ネットワーク」には、新しい人間関係ないしグループのあり方が
示されている。日本においても、NPOなど自発的結社が、新しい公共性のあ
り方として注目されだしたし、最近ではサイバー空間、とくにSNS(ソーシャ
ル・ネットワークキング・サービス)における新しい集団形成の形態が出現して
いるようにもみえる。近代市民的公共圏は、常に新たに自発的結社をその内部に

70) ガルブレイス[2016]140頁以下。

つくりだし、公共性を創出しつづけてきたとみるべきなのかもしれない⁷¹⁾。

5 選好と権力——経済法との接点

(1) 「厚生」——私益と公益

功利主義の出発点は、市民がそれぞれの幸福（快樂または選好等）を自由に追求することを善とし、かつ当然の事実として許容することである。功利主義においては、それぞれの個人の主観的な幸福をそのまま前提とする。倫理学等における幸福、または経済学上の厚生については、快樂説、欲求充足説、選好説など諸説があるが、一般的な私益と公益という用語に置き換えるとすれば、功利主義は、私益の追求から出発し、何らかの過程を経て公益（功利）がもたらされるとするものである。

このような功利主義的考え方を基礎に、多元主義においては、諸利益集団がそれらの私益を集約し、議会制民主主義における独特の「代表」概念を介して、あるいは前記の権力分散の仕組みの下で、社会全体の利益（公益）の形成に向かうダイナミクスが想定されている。

この点に関して、前記の共和主義の立場からは、法は、単なる私益「取引」の探求目的、または「取引」の産物であってはならない、また、私益がどういふ過程によって公益（共通善）になるかが問題のはずである、という批判が投げかけられる⁷²⁾。

(2) 選好を集計するシステム

上記の点につき、多元主義において、政治は市民（有権者）の選好を集計するシステムであるとされる（「集計主義」aggregationism⁷³⁾）。共和主義者サンスティーン [2012] によれば、「多元主義のアプローチは、既存の富の分配、既存の背景的権原、既存の選好を、外生変数としてとらえる。このシステムの目標は、さまざまなインプットが立法に正確に反映されることの保障にある。つまりこのシステムは、市民の選好を集計するシステムである」⁷⁴⁾。

71) 以上については、例えば、佐藤俊樹 [2001] を参照。

72) サンスティーン [2012] 82頁以下、山内康英 [2014] 8頁以下等を参照。

73) 若松良樹 [2017] は、多様な功利主義を、アマルティア・センの整理に従って、「帰結主義 (consequentialism)」、「厚生主義 (welfarism)」、「集計主義 (aggregationism)」の3つにまとめている。瀧川裕英ほか [2014] も同旨（ここでは集計主義を「総和主義」と呼ぶ）。

前述のように、多元主義的民主主義においては、諸集団の個別の私的利益の追求が権力バランスの過程を経て社会的な均衡を生む、とされる点で競争的な市場のアナロジーになっている。

これは功利主義が「最大多数の最大幸福」という標語にあるように、功利の総計のみを重視し、個人に対する分配のあり方に関心を持たないことにつながる。ロールズ [1979] が述べるように、少数者がまったく幸福を享受できない社会体制は、彼らに不当な犠牲を強いている。「合理的な人であれば、ある制度が自分自身の利害に及ぼす影響と無関係に、その制度が利益の総計を最大にするという理由だけで、それを受け入れたりしないであろう」⁷⁵⁾。

これとは別に、前記の集計主義に対する、内在的な批判として、現実の社会にはそもそも均衡を生むための条件が実際に存在し機能しているかという疑問がある⁷⁶⁾。この点に関し多元主義的立場からは、議会制民主主義と情報の透明化、また、各種の権力分散の仕組み、すなわち抑制と均衡、二院制、連邦主義（地方分権）、法的諸権利等に期待するという対応がなされる⁷⁷⁾。

しかし特に、諸利益集団が、政治的代表者に圧力をかけ、代表者は、この圧力に市場の行為者と似た仕方で対応するという過程が、各集団の集票力、資金力によって大きく左右されるという実態が明白になりつつある。これは、日本や米国における諸判決が政治献金を制約なしで認めたことと関係があることも多くの指摘があるとおりである⁷⁸⁾。

(3) 多元主義における選好と権力

個人の「厚生」をどう捉えるかは諸説があるが、近年一般に用いられている「選好」(preference)を前提にし⁷⁹⁾、それと権力(power)との関係について、政治学・社会学上の議論を下敷きに検討しよう。以下は、前記のダールらの多元主義を批判したルークス [1999] に拠って述べる⁸⁰⁾。

74) サンスティーン [2012] 80 頁以下。

75) ロールズ [1979] 124 頁。この点が、ロールズによる功利主義批判の要点である。ロールズ [1979] 121 頁以下、川崎修=杉田敦(編著) [2012] 110 頁以下参照。

76) 例えば、サンスティーン [2012] 74 頁以下、山内康英 [2014] 等を参照。

77) サンスティーン [2012] 100 頁以下参照。

78) 日本の裁判所が政治献金に寛容な態度をとっていることは、本稿第1章第3節—3で八幡製鉄政治献金事件最高裁判決に関し述べた。米国の献金・寄付金に関する諸判決については、ライシュ [2016] 236 頁以下の厳しい批判を参照。

上記の功利主義と共通する前提の上で、多元主義者は、ある「争点」をめぐって市民が「決定」をする際に、市民が表明する政策選好 (preference) を利害 (interests) と考える。諸選好間の紛争をめぐって作成される決定行動に焦点を定めた上で、権力関係は「a が A の働きかけがなければ行なわないであろうことを、うまく a に行なわせようとする A の企てにかかわっている」(ダール)。これを、多元主義における、選好 = (主観的) 利害 → 争点 → 決定 = 権力、という連関と表すことができよう。

そこでは、権力を捉える際に観察・分析可能な行動に焦点を定め、権力とは、実際の観察可能な〈紛争〉において、ある行為者がもう1人の行為者に働きかけてなにごとかを行わせる力量 (capacity) であるとされる。ここで重要なことは、潜在的権力と顕在的権力の相違、権力の所有と行使の相違という点であり、多元主義者は方法論的に後者、すなわち顕在的権力の行使に絞って議論を展開する。その基礎にあるのは、現実の観察可能な〈行動〉の研究という行動科学アプローチ (= 行動論政治学) の立場である⁸¹⁾。

(4) 政治案件を支配し、潜在的紛争を排除する権力

上記のように、多元主義は、選好 = 主観的利害に関する争点について決定するに際し権力が行使されることに焦点を当てる。これに対し、その争点は操作されて作られたものかもしれないという批判がなされる。実際には、「政策をめぐる紛争が表沙汰にならないように妨げる」という「偏向 (バイアス) の動員」がなされることも多い。偏向の動員とは、「他を犠牲にしてある人々や諸集団の利益となるように体系的かつ終始一貫して作用する一連の支配的な価値、信念、儀式、制度上の手続き」である。ベトナム戦争に反対する人々が進

79) 「選好」については、近年の行動経済学でも立論・分析の基礎となっているし、いわゆる「適応的選好形成」(Adaptive Preference Formation) (ヨン・エルスター、アマーティア・セン等) や、消費者需要の意図的創出を意味する「依存効果」(ガルブレイス [2006] 199 頁以下) も、個人の選好や市場における自己決定の偏向ないし虚構性を明らかにしている。

80) ルークス [1999]。その原著は、Lukes, Steven, *Power: A Radical View* (1974)。本書は、第2版「2005年」も出ているが、ここでは第1版の訳書によった。そこで批判の対象となったダールは、ダール [2012] で反批判を行っている。ルークスの所説については、横濱竜也 [2009]、川崎修=杉田敦(編) [2012]、杉田敦 [2015] 等でも取り上げられている。

81) 行動論政治学については、例えば中谷義和 [2004] を参照。中谷義和 [2004] 669 頁には、ダールが「行動論運動」をめぐる論争を行動論政治学の勝利をもって“休戦”とすることを提唱したとある。

んで兵籍に入ることがあるように、偏向の動員はあるはっきりとした多数派に利益をもたらすことがある。

「権力が、かなり〈安全な〉争点に決定作成の範囲を制限することによって行使されることがある」。だれかにもたせたいと思う欲望をもたせること、つまりその思考や欲望の制御をとおして服従せしめること、それこそが至高の権力行使というものであろう(ルークス)。

ルークスは、前記の、多元主義における、選好 = (主観的)利害 → 争点 → 決定 = 権力という連関(一次元的権力観)に対し、「偏向の動員」を通して選好を歪曲し、AがBに対し、自分(A)の立場に沿った決定形成をさせ、さらに決定回避させる(二次元的権力観)だけでなく、争点化回避においてこそ権力の存在が認識されるべきであるとする見方を示す(三次元的権力観)。

これをA・B間の関係で示せば、Aは、権力を有する者(A)の立場を選好するようにBを自発的に順応させ、または、BがAとの間にそもそも争点となるべき立場の対立が存在することの認識自体を持たないようにする。Aはそもそも何が争点であるか自体も左右しうることになる(政治案件 agenda の支配)。

では、ここで対立や対立の認識を説得により消滅させたのは誰かを考えてみれば、「当事者による対立の自覚」に注目していても権力は見えないのであり、偏向の動員についての説明に現れているように、ここでは既に、「主意主義的権力」観から「構造としての権力」観(M・フーコー)への転換が始まっているともいえよう。

M・フーコーに拠れば、権力は共通の目的をめざすものであり、自発的な共同の行為から生まれるものである。そうである以上、権力は自由と対立するというよりも、個々人の自由の現れであり、かつ人々に個人としてはもちえない能力を可能にするという意味で、自由と不可分だということになる。

人間は自由な主体か、それとも構造に規定されているのかという問題について、三次元的権力観や「構造としての権力」論は、人間の意思や行為が自覚しえないもの、みえないものによって強く規定されていることを強調する。むしろ、自由な主体というのはそれ自体が幻想だ、というのである⁸²⁾。

権力と自由は、一般には相対立する概念として受け取られてきたが、上記の

82) 以上については、杉田敦 [2015]、川崎修 = 杉田敦 (編著) [2012] 25 頁以下参照。

ような議論を踏まえると、自由または自律を素朴に前提とすることはできず、一定の留保を付す必要があることになろう。

(5) 主体間関係としての権力観 vs. 権力空間の共有を強調する権力観

上記のルークスの主張は、今日の政治学からみれば、「さほど珍しいものではない」⁸³⁾とも評されている。諸議論の精確な位置づけは措くことにして、本稿の関心事である、経済的自由と経済権力の関係という問題意識を背景に、以下簡単にまとめてみる。

権力をどう捉えるかにつき、政治学の概説書等では、二者間関係的な権力観または主体間関係としての権力観と、権力空間の共有を強調する権力観という区別によって説かれている。前者は、非対称的権力観、ゼロサム権力観（マックス・ウェーバー、ダール等の多元主義者）、また後者は、共同的権力観、非ゼロサム権力観とも特徴付けられる（パーソンズ、アレント、ルーマン）。

権力という見方で社会をみるときは、誰が権力を行使し誰が抑圧されているのか、誰が利益を得、誰が不利益を被っているのかという問題意識があることが多い（本稿もそうである）。この場合には前者の主体間関係としての権力観が適合的である。他方で、非ゼロサムの権力把握は、権力の生成・維持において、自発的な同意や支持が存在することを強調する。

二者間関係的な権力観に立つ多元主義の多くの議論は、権力とは他者の抵抗（Widerstreben）を排して個々人が自己の意志を実現する蓋然性（チャンス＝

83) 杉田敦 [2015] 10 頁。ここでは、素朴なマルクス主義者において、革命の担い手たるべき労働者が支配されているという意識を持っていないことも多いが、これは支配階級が自分たちに都合よい意識を労働者に注入しているという考え方も生まれ、このような階級支配を基にした虚偽意識としてのイデオロギーの議論に比べれば、「ルークスの場合はむしろ古典的な虚偽意識論に近い」とされている。しかし、ルークス [1999] は、権力行使を集団や階級、制度などの集合体へと帰属させることの問題について、これは「構造的決定と権力行使との境界線はいかにしてどこに引くべきか、という問題」であり、決定論と主意論に関する論争を背景に、レイ・アルチュセールとその亜流らの構造的マルクス主義の極端な決定論、プーランザスーミリバンド論争に論及し、次のように述べる。「社会的諸関係の文脈において権力という言葉を用いることは、……他者の思考や行動に（殊に、他者の利害に反するように）有意な働きかけを行なう集団や組織における個々の行為者……について述べることである。かくいうのは、行為者が構造的に決定された限界のなかで作動するとはいえ、彼らには一定の相対的な自律性があり、それゆえに別様に行為できたであろうと想定するからである。……要するに、絶対的な構造的決定論が語るシステムにあっては、権力の占める余地などないのだといえよう」（ルークス [1999] 100 頁）。

Chance)である, としたマックス・ウェーバーの先例にならっている(個人主義的, 主意主義的な権力概念)。

しかし, ルークスの二次元・三次元的権力観でみたように, 政治案件(agenda)を支配し潜在的紛争を排除する権力は, 集合的諸力なり社会的諸編成の一機能として解されないかぎり, うまく分析できない。すなわち, 権力は, 特定の個人の決定や行動には帰しえない, ある集合体(階級のような集団とか政党や企業のような組織体)の機能として働くこともあり, また, それらを超えた社会的諸編成の一機能として働くこともある。

そのような思考の支配は, 情報の支配, つまりマス・メディアや社会化の諸過程の支配をとおして, 日常のありふれた形態をとりながら, 人々の知覚や認識, 選好そのものを造形し支配する。選好は作られるのである。

これは, 今日, 「適応的選好形成」として説かれることとほぼ重なる。これにより, 教化や認知的合理化が起り, 特に抑圧的支配を容認してしまうことが指摘されている。

(6) 権力の「資源」, 「実体概念」と「関係概念」

「権力の資源」としては, 軍事力など物理的な強制力, 経済力, さらに, 「ソフト・パワー」すなわち「他者の選好を形成する能力」としての文化や価値の力などがあるとされる。

しかし, これら権力の資源がそのまま権力の「実体」なのではなく, それら資源をいつどのように, どのような意図のもとで投入しようとするかは, 相手方の対応次第という面もある。権力は, 確実に「所有」できるものではなく, コミュニケーションの関係であるとも説かれている。

この点につき, 丸山眞男[1957]は, これまでの権力についての思想家や学者の定義について, 権力を人間あるいは人間の集団が「所有」するものと見る立場, 即ち, 「具体的な権力行使の態様の背後にいわば一定不変の権力そのものという実体があるという考え方を実態概念としての権力」と呼ぶならば, これに対し, 「権力を具体的な状況における人間(あるいは集団)の相互作用関係において捉える考え方を関係概念あるいは函数概念としての権力と呼ぶる」, とする。これら両者は, 権力の実体的把握と機能的把握とも言い換えられ, それぞれの有効性等について分析されている⁸⁴⁾。

(7) 権力の分類ないし諸相

そもそも、人々は他の人々と様々な社会関係にあり、たえず互いに影響を及ぼし合っている。しかし、こうした影響関係をもすべて権力関係であるとすることはできない。権力はコミュニケーションの関係、相互作用関係だとしても、このような影響（力）(influence) のすべてを権力とみなすことは妥当ではない。

この最広義の影響力、すなわち、Aがなんらかの形でBに影響を与える、という素朴な観念を社会生活の分析に適用するには、それ以上のなにものが必要であり⁸⁵⁾、これはまさに分析の目的、価値意識、方法論によって異なる。

上記のことを前提に、権力の分類ないし諸相を簡単に整理しておこう。今日の政治学の概説書では、権力の分類として、威嚇型（強制）、報償型（取引）、説得型（選好の変容）などが説かれているが⁸⁶⁾、ここではこれまでの叙述を踏まえ、まずルークス [1999] の挙げる権力の概念図をみてみよう⁸⁷⁾。

ルークス [1999] では、権力 (power) の基礎概念として、前記の一次元的権力から三次元的権力までに共通するのは、「AがBに対して権力を行使するのは、AがBの利害に反するやり方でBに影響を及ぼす場合」であると設定されている（ここで、利害 (interest) = 利益または不利益をキーワードとすることについては、後に取り上げる）。

この権力の捉え方（つまり権力概念の定義の仕方）は、一定の観念を基に、最広義の影響力の中から権力を選び分けているのであって、ルークス [1999] の上記の定義の場合は、「利害」の対立と「権力の行使」という観点からの権力観である。

第一に、「権力は影響力である場合とない場合がある……それは制裁をとまなうかどうかにより決定される」。ここで制裁は、「強制」と「実力」の両方を含む。

「影響力 influence」は、Aが「苛酷な剥奪をそれとなく示すとか、あからさ

84) 丸山眞男 [1957] (下巻) 466頁以下。これについて、小川晃一 [1988] 128頁以下の検討も参照。

85) ルークス [1999] 45頁参照。

86) 川崎修 = 杉田敦 (編著) [2012] 22頁以下参照。小川晃一 [1988] 40頁以下、ダール [2012] 77頁以下等も参照。

87) ルークス [1999] 26頁以下、54頁等を参照。

まに示すといった威嚇手段に訴えることなく、Bに彼の行為の方針を変えさせるところに現われる」。最広義の影響力から、上記の権力を除いたので、このような概念規定になる。

「強制 coercion」は、「AとBとのあいだに価値や行為の方針をめぐる紛争がみられる際に、Aが剥奪の脅しをかけることによりBの服従を獲得するところに現れる」。

「実力 force」とは、「Bの不服従に直面しても、選択の機会をBから奪うことにより、Aはみずからの目的を達成する」ことを指す。

第二に、「影響力と権威は、権力である場合とない場合がある」。「それは利害の紛争があるかどうかにより決定される。したがって、利害の紛争がなく合意により成立した権威は、権力とはいえないことになる」。

「権威 authority」的状況にあつては、「Bが〈Aの〉命令をB自身の価値基準からみて正しいと認めるがゆえに……つまりAの命令の内容が正当かつ合理的なものであるためか、Aの命令が正当かつ合理的な手続きをへてもたらされたものであるか、そのいずれかの理由から……Bは服従するのである」。

第三に、「操縦 manipulation」について、ルークス [1999] は、二次元的権力観と位置づけたピーター・バクラックとモートン・S・バラッツ「権力の二面性」(1962)から以下を引用する。「服従者の側に、彼に対してだされた要求の発生源やその本質についての認識がないために、やがて服従するようになる」ことを指す。したがって、「それは『実力』の一側面ないし下位概念だということになる(つまりそれは、強制、権力、影響力、権威から区別されている)」。

しかし、ルークス [1999] の立場からは、利害の対立があるのに、それが伏在したまま、Aの意向に服従するのであるから、権力の一部だということになる。

以上のルークス [1999] の整理は、そこで断りがあるように、「三次元的権力観の視座から展開されたもの」であるが、「この概念図は本質的に論争的である」。たしかに、この分類は一応のものに過ぎない。問題は、権力をどのような目的・視点からみようとするかにかかっている。

この地点で、私たちは政治学・社会学的な観点を離れて、法学的な観点に立つことを選ばなければならない。

6 「経済的力」——経済法の観点から

(1) 経済法における「経済的力」と自由

これまで政治学・社会学等における権力をめぐる議論を検討したが、本稿でこれを取り上げる理由は次のとおりである。

本稿では既に、「経済的力」と経済的自由・「取引の自由」の関係が、経済法の中心問題であると述べた(第1章第3節四)。なお、powerは、政治学や憲法学等においては「権力」というのが通常であるが、本稿では「力」と呼んでいる)。しかし、それは本来、力(=権力。国家権力だけでなく、「社会的力」や「経済的力」をも含む)と個人の自由の関係という一般的問題の一部として考えるべきである。

例えば、親企業が下請事業者に対し優越的地位にあることを利用して、その経済的な力を濫用すること(「買ったたき」や「購入強制」など)に対し、下請法は諸種の規制を行っている(前記、第1章第3節四)。これらの下請法違反行為の一般的規制として、独占禁止法上の「優越的地位の濫用」規制は、「優越的地位」を「利用して」、「取引の相手方に不利益」を課すことを違法とするが、これらの要件の解釈の基礎に、「経済的力」と取引の相手方の「取引の自由」に関する原理的な考察が有益と考えられる。

ここで原理的な考察と述べたのは、社会のなかで経済的力がどのように、またはどのような場合に、人々の自由を抑圧し、不当な利益の収奪がなされるか、あるいは社会全体の利益が侵害されるかが、経済法の基本的問題であるからである(この点で既に、特定の問題意識ないし価値判断に基づいている。この点は後述、本節四6(5)参照)。

繰り返しになるが、近代市民法とは、「営業の自由」を基礎として、すべての法主体に平等に経済的自由があるとみなすことを前提にした、「私的自治」の原則に基づく私法秩序であった。しかし、自由資本主義段階における現実の経済社会において、そのような自由・平等が実現したわけではない。また、現代資本主義段階では、独占・市場支配などの経済実態の下で、経済的社会的弱者ないし経済的従属者の存在が顕著にみられる。そこにおける「社会的力」・「経済的力」を規制し、「実質的な取引の自由」を実現する法秩序のあり方を探るとというのが、本稿の問題意識である。

実際の経済において、経済的力(市場支配力や相対的市場力)が存在すること自体は、多くの市場において起こることがらであって、いわばノーマルな現象

である。また、一般に、ある主体が他の主体に働き掛け、一定の影響力を行使することはよく見られる現象であり、そのこと自体には積極的な面もある。

しかし、市場支配力や相対的市場力を不当に行使し(=濫用)、それによって競争制限等が惹起されて市場経済に悪影響をもたらし、または競争事業者や取引の相手方が不当な不利益を受ける場合には、公的規制によっては是正されなければならない。ここで力の濫用とは、公正かつ自由な競争が支配するところでは個々の事業者にとって不可能であるか、あるいは、そのような実質的競争の下ではあり得ない方法で、他の事業者がそれにより妨害され、または不利益を受けるような行為態様である。

こうして、日本を含め、多くの国の競争法においては、市場支配力・相対的市場力の「存在」と「行使」を区別し、後者(不当な「行使」)のみを規制対象とするのである(「はしがき」, 第1章第1節一, 第3節四など)。ただし、米国等では相対的市場力という概念はない。

以下では、前記の政治学・社会学等における権力論の中で、事業者(企業)による経済的力の濫用を考える際に重要と思われる諸点を指摘する。

(2) 市場経済と権力

(i) 社会経済における権力と抑圧

経済的力も、上述の権力論の議論の中で捉えることが可能であり、権力に関する政治学・社会学等の議論は、私たちにとって重要な示唆を与えると考えられる。

ハーバーマス [1984] は、ハンナ・アレントの『革命について』を批判的に取り上げる中で、アレントが、「政治的諸問題は社会経済的諸問題と関係させられてはならない」とする立場から、アメリカ革命とフランス革命を対比させたことに触れ、「これは物事をさかさにする異説である」、「社会的な諸利害と政治的な諸運動との関連は市民的体制において明白に客観化されてきた」のであって、「この関連が資本主義によって引き起こされた」のだとする。アレントが、「フランスの困窮の動員によってはじめて引き起こされたかのごとくに、革命の目的を二者択一的にフランスとアメリカとにわり振ることは適切でない」、と説く。

上の中でのアメリカ革命とフランス革命についての議論は措くとして、ここで重視すべきことは、次のようなハーバーマスの視点である。「わたしたちは、

支配からの解放という連関においてのみ、政治的自由の諸条件を有意味に論ずることができる。支配というこのカテゴリーは、政治的暴力（ゲバルト）と社会的権力とを切り離してはならず、両者をその両者に共通しているもの、すなわち抑圧として明示しなければならない。社会的隷属の諸条件のもとでは、政治的自由への最良の権利も、イデオロギーのままである。」⁸⁸⁾。

既に本稿では、市民革命における「社会的な諸利害と政治的な諸運動との関連」、また、現代資本主義の下での「経済の政治化」と「経済国家」についてみたところである。社会における「支配」と「抑圧」、社会的権力を、政治的権力と自由と切り離して論じてはならない、という立場は我々も共有するところである。

また、多元主義の出発点は、国家ではなく、社会において、稀少な社会的資源を求める利害対立・紛争の中で人々と集団がそれぞれの選好を押し通そうとする闘争、それぞれにとって有利な政策決定を獲得すべく抗争し妥協する過程がまさに多面的に行われているという実態を認めることであった。多元主義が市場のアナロジーによって議論を展開することについては疑問もあることは前述したが、社会のあらゆる場面で権力を求める運動が行われるという認識から出発することは意義深いことと考えられる。

「権力現象は至る所にみられる。家庭内の嫁と姑の争いも、小さいながらも《主》婦という権力と権威の座をめぐる争いとみることもできる」⁸⁹⁾

このように多様な権力問題の中で、自由な市場取引においても、経済権力が多様に存在し、経済的社会的弱者ないし経済的従属者に対する抑圧が行われていることが、本稿の基本的関心事である。

なお、憲法学において、樋口陽一 [1983] (「社会的権力と人権」) は、私たちに大きな示唆を与えてくれるものであるが、検討素材としては個人に対する権力行使だけを取り上げており、事業者間取引、または事業者と消費者の取引には触れていない。また、三並敏克 [2003] (「企業と人権」) は、とりわけ企業が社会的権力をもち、行使することを重視するが、「人権」を対象とすることもあって、その相手方はやはり個人である。

88) ハーバーマス [1984] 319 頁以下、322 頁等を参照。

89) 小川晃一 [1988] 3 頁。しかし、同書 51 頁では、理由を付けずに、「経済関係は権力関係ではなく、権力関係は、概念的に、経済関係とは区別されねばならない」とされており、疑問である。

(ii) 市場における自由と権力①

政治学・社会学においては、「権力現象は至る所にみられる」としながら、経済権力についての立ち入った考察はあまりないように思われる(ハンナ・アレントの方法論的立場に対するハーバーマスの批判は前述の通り)。

その1つの理由は、市場経済において、各経済主体は自由であるという競争モデルがそのまま実態でもあるという一種の思い込みではないだろうか。

政治とは「社会に対する価値の権威的配分」である(イーストン、デイヴィッド)であるのに対し、自由な市場経済体制の下では、財の配分は自由な競争市場に委ねられている、という固定的ないし図式的な観念があるかもしれない。

各経済主体は自由であるとする議論のなかで、最も強力な議論はハイエクに見ることができる。「ハイエクは、市場取引が自由な関係であることを強調した。彼が重視する自由とは、二者間関係的な権力の欠如、すなわちAのBに対する命令が存在しないことを意味している。ところが、市場において、AとBの間に交換が行われる場合、それは通常、両者の同意の下に行われており、したがって自由な行為であるというのである。ところが、こうしたハイエクでさえ、例外的に、他人の行為が『私の生存を左右する』場合には、仮に外形的に自由な交換であっても、強制を伴っているかもしれないと認める」⁹⁰⁾

明らかに、ハイエクは、権力を「強制」に限定し、それと自由を対比させている。これは、前記の権力の概念に関する議論と比べると、あまりに狭すぎる。また、そもそも市場取引の主体を個人(=自然人)だけを念頭に置いて議論していることも、現代経済の経済主体の多くが法人であるという実態と乖離し過ぎている。

また、ハイエクの議論においては、自由な市場取引という固定観念だけがあり、本稿が重視しているような、現実の市場経済が自由資本主義段階から独占・現代資本主義段階に至って変化しているという歴史的観点がない。

この点につき、ここではハーバーマス [2002-03] から引用しておく⁹¹⁾。現

90) 杉田敦 [2015] 61頁、バリー、ノーマン・F. [1984] 72頁以下、95頁以下参照。なお、本文中で述べたのは、ハイエクの「自由」・「強制」等の概念に基づくものであって、本稿はそのような立場をとらないということであり、ハイエク理論の内在的批判はない。

91) ハーバーマス [2002-03] (下) 132~136頁。なお、訳書では「私的自律」となっているが、本稿の用語にあわせて、「私的自治」と表記した。

代資本主義では、とりわけ私法において「自由主義的法モデルの超克と解消」が図られ、「消極的自由の意味での個人の自己決定」を保障する「古典的私法」に代わって、「新たな法領域の成立（労働法，社会法，経済法などの成立）ならびに契約法・不法行為法・所有権の実質化」がみられる。「私法におけるもろもろの変化は、私的自治について法パラダイムの理解が転換したものとして説明することができる。」

「市場メカニズムは、自由主義的モデルで想定されていたようなやり方で機能するのではないし、経済社会とは、そうしたモデルで想定されていた類の、権力の及ばない領域のことでもない。それゆえ、法的自由の原理は、社会国家モデルにおいて知覚されるような社会的諸条件のもとでは、既存の諸権利の実質化という手法と新たなタイプの法の創造によってのみ、実現されうるにすぎない。

私的自治の思想は、最大限の平等な主観的行為自由の権利として表現されるが、こうした私的自由の思想そのものは、何も変化はしなかった。変化したのは、万人の私的自治が平等に実現されるべき、知覚された社会的コンテクストの方だったのである」。

本稿でこれまで述べてきたこと、特に本節二の現代における国家と社会・経済の関係の変化を踏まえれば、上の文章に付け加えることはない。もともと、自由主義的モデルで想定されていた市場経済は、あくまでもモデルであって、現実とは異なるし、また、現代経済の下では、経済社会は「権力の及ばない領域のことでもない」のである。なお、ここで、権力は国家による経済への介入ということと、社会経済の内部における社会的力・経済的力の双方を指していると理解すべきであろう。

(iii) 市場における自由と権力②

日本においては、阪本昌成の所論が最も強力である。そこでは、「新古典派のいう理想型の市場は成立しがたい」とされ、オーストリー学派や新制度派経済学の観点から市場経済を捉える議論がなされる⁹²⁾。それへの批判は措くこととするが、1点だけ、次のような理解に触れておく。

すなわち、「市場においては、財・サービスの交換と分配は、記号化された非人格的（非個人的）指標によってなされる」、「市場における非人格性・匿名性は、行為者の主観を超えた客観的なネットワーク（複雑系）を作りあげる」、「人為的ルールのうち、市場に向けられるそれは、経済自由市場における

法則にみられるように、人を匿名の存在として扱う、一般的・抽象的属性を無視できない⁹³⁾。

このような市場取引の把握は、あまりに抽象的であり、市場取引の実態と乖離し過ぎている。市場経済のモデルは、そこに述べられているとおりだとしても、前述のように、現実の市場経済における取引をみる局面では、このままを通すことは妥当ではない。すなわち、事業者間の取引はいうまでもなく、また事業者・消費者間の取引であっても、取引の相手方が誰であるかは重要な情報であり、取引当事者間ではそれぞれに固有の関係が形成され、民法や独占禁止法もそのことに着目した規制を行っている。本稿で、取引当事者間における権力問題を取り上げる所以である。

(iv) 下請関係における権力の行使

上の点について、ここでも分かりやすい例として、下請関係で具体的にみよう。例えば、親事業者が下請事業者に対し、不当な「買ったたき」や「購入強制」を行った場合、下請事業者は、それを断ると今後の下請取引を拒否される等のおそれがあり、それは当該下請事業者にとって致命的な、あるいは極めて大きな打撃になることも少なくないので、しぶしぶ受け入れたとする。そのような場合は、親事業者による当該「買ったたき」や「購入強制」は下請法違反、または優越的地位の濫用として規制される。

このような場合、「買ったたき」等は両者間の自由な契約の形をとるが、行為者(親事業者)の経済的力の行使によって、下請事業者が同意を強制されたとみるのが妥当であろう。もっとも、これを認めるとすると、市場経済における取引の中で、例えば、大企業と中小企業の取引のうち、経済的力の行使がなされた場合と、経済的力の行使がなく、自由な取引がなされた場合をどのように区別するか、という難問が出ることになる。これは、立法政策論と解釈論の課題であり、ここで検討している権力論と社会の実態を踏まえて議論すべき事

92) 阪本昌成 [2011] 155 頁以下参照。その骨子は、「自由市場は知識伝達の累積的な過程であって、これに参加することによってわれわれは自分の将来の行動(選択行動)に見通しをつけるのである」、「市場とは分散している知識をつなぎ合わせ、人びとが取引費用をかけないで自発的に知識を授受するためのネットワークだ」、「経済の市場と知識の市場とは、案外、同型であるのかもしれない」、という点にある(167頁)。これは本文で取り上げて批判する阪本昌成 [2004] の議論とは異なる方向に向かうもののようにも思われる。

93) 阪本昌成 [2004] 99 頁以下参照。

柄である（次の(3)以下を参照）。

(3) 権力行使の局面

前款（四5(7)「主体間関係としての権力観 vs. 権力空間の共有を強調する権力観」）で、権力の捉え方には、主体間関係＝二者間関係的な権力観（ゼロサムの権力観）と、共同的権力観（非ゼロサムの権力観）の2つがあると述べた。

ルークス [1999] は、前者の二者間関係的な権力観に立って、後者の共同的権力観について、「純理論的には正当だといえよう」としながらも、「あまり意義あるものとはいえない」、とする。いわく、「彼らは『のための権力』という語法に焦点を定めるが、『に対する権力』という語法にはみむきもしない」、「権力の対立局面……つまり権力が人々〈に対して〉行使される事実……は、その視野から完全に消えうせてしまう」⁹⁴⁾。

この点は、私たちが経済的取引の実態をみる上で重要であり、共同的権力観の妥当性・有効性は認めるとしても、私たちの問題関心からは、まずは権力の行使の局面に注目すべきものと考えられる。

ルークス [1999] の説く、三つの権力観（一次元的権力観～三次元的権力観）に共通するのは、AがBに対して権力を行使するのは、AがBの利害に反するやり方でBに影響を及ぼす場合だということである⁹⁵⁾。この捉え方においては、「利害」対立における、二者間関係的な権力の「行使」という2点が際立っている。

この点については多くの批判もあるが、ハーバーマスは、二者間関係的な権力観は権力の行使について、また、共同的権力観は権力の創出・機能について妥当する見方だとしている⁹⁶⁾。

私たちは、前述の下請法の事例にあるように、経済的取引関係における権力と自由というテーマが念頭にあるので、差し当たり、二者間関係的な権力観に拠って、「利害」対立と権力の「行使」に注目しつつ論を進めよう。

94) ルークス [1999] 52 頁以下参照。

95) ルークス [1999] 46 頁参照。

96) ハーバーマス [1984] 342 頁以下参照。川崎修＝杉田敦（編著）[2012] 参照。

(4) 「購入強制」のケース

(i) 下請法・独禁法による規制

上述の諸権力観を基に、下請関係における「購入強制」のケースをみてみよう。

例えば、親事業者が、下請法事業者に対し、当該下請取引と関係ない商品を買って欲しいと強要することは、下請法4条1項6号の「購入強制」に当たる。

同項柱書は、「親事業者は、下請事業者に対し……次の各号……に掲げる行為をしてはならない」とし、その6号は、購入強制を、「下請事業者の給付の内容を均質にし又はその改善を図るため必要がある場合その他正当な理由がある場合を除き、自己の指定する物を強制して購入させ、又は役務を強制して利用させること」と定義する。

一般に、購入強制とは、優越的地位にある事業者が取引の相手方に対し、当該取引とは別の商品・役務を指定して購入・利用させる行為である。これが初めて正式の事件で違法とされたのは、三越事件＝同意審決昭和57・6・17(審決集29巻31頁)であり、同事件では、納入業者が三越との納入取引を将来も継続して行いたいという強い希望を有していることを利用して、納入業者に対し、三越が販売する商品の「押しつけ販売」(＝購入強制)を行ったことが、独禁法上の「優越的地位の濫用」に当たるとされた。大規模小売業者による購入強制が違法とされた事例は、近年でも、山陽マルナカ事件＝排除措置命令・課徴金納付命令平成23・6・22(審決集58巻第2分冊193頁)、ラルズ事件＝排除措置命令・課徴金納付命令平成25・7・3(審決集60巻第1分冊341頁)などがある。

また、同様の行為が、下請法適用の親事業者・下請事業者間の関係において行われる場合は、上記の下請法4条1項6号の「購入強制」に当たり、違法とされる。

前記の共同的権力観を想起させることであるが、親事業者と下請事業者の関係を例にとれば、特に当該下請事業者にとって、当該親事業者との取引が経営上大きな比重を占めている場合(その極端な場合がいわゆる専属下請である)、親事業者と下請事業者はいわば「利益共同体」的な状況にある。「利益共同体」的な状況とは、親事業者の経営が上向けば、下請事業者との取引も増え、下請代金もアップすることが期待される、逆もまた然り、ということを指す。

そこで、親事業者は、上記の「利益共同体」的な状況から、親事業者の商品を買ったほうが、下請事業者にとっても、長い目で見て利益になると考え、下請事業者を説得ないし強要する。しかしもちろん、ここでの「利益共同体」は、親事業者がそのように主張しているだけであって、そのような好循環が客観的に、例えば契約上担保されているわけではない。これは、景気が良くなれば、大企業の業績が上がり、それとともに中小企業の経営も上向き、国民全体が豊になるなどと言われる、トリクルダウン理論 (trickle-down effect) と同様である。

(ii) 権力行使の有無

第一に、親事業者と請事業者の関係が一種の権力的関係にあることを前提にして、購入要請がなされた場合、権力の「行使」があるか？

a. 購入要請を受けた下請事業者は、それを断ると下請関係に悪影響を及ぼすことを懸念して、やむなく購入するかもしれない。最も明らかな権力行使がみられるケースである。

b. 親事業者の説得に納得して、購入するかもしれない。下請事業者が、自らの合理的選択の結果として購入するなら、前述のルークス [1999] の、権力には制裁が伴う(「強制」か「実力」)とする整理によれば、この場合には権力行使はない、と一応いえる。

c. 要請に接して、説得を待つまでもなく、「利益共同体」論を信じて、自ら進んで親事業者の商品を購入する者もいるかもしれない。ここでも、上のb.と同様に権力行使はない、と一応いえる。

(iii) 利害対立① (利害の評価)

第二に、上の例で、特に a.の場合、「利害」(利益または不利益)対立があるか否か。

下請事業者は、仮に親事業者と競争している事業者が販売する商品のほうが安価で品質がいいと判断していても、あるいはそもそも購入する必要がないと思っても、親事業者の要請に従って、しぶしぶ買わざるを得ない。

特に親事業者は自己が販売する商品のほうが安価で品質が良いと主張している場合、客観的な真実、すなわち両商品の優劣の可否は不明なことも多く、その場合、本件購入強制によって下請事業者に実際に不利益がもたらされるか否かは不明ではないかという疑問が生じるかもしれない。

優越的地位の濫用の要件として、「取引の相手方に不利益となるように取引

の条件を設定し……」(独禁法2条9項5号ハ)の解釈として、金銭的に評価される意味のそれなのか、それとも、取引の相手方にとって、「公正かつ自由な競争」秩序の中で判断・行為するチャンスないし可能性が侵害されることなのか、という問題がある。

前者であれば、親事業者が販売する商品の価格と品質が市場でどのように評価されているかという客観的判断をすべきことになる。これに対し、後者であれば、もっぱら取引の相手方の「自由かつ自主的な判断」が侵害されたか否かが問題となる⁹⁷⁾。優越的地位の濫用の規制は、「取引の自由」(「取引主体の自由かつ自主的な判断」)を侵害することを対象とするものであるという基本的な考え方から、後者の立場をとるべきものと考えられる。

このような解釈論の背後に、「利害」(利益または不利益)の対象となる範囲は、①当該購入強制に係る商品の取引だけなのか(「直接の利益」)、それとも、取引両当事者間の下請取引まで広げるべきか、②それは当該行為の時点での評価か、それとも将来、親事業者の経営が発展するかもしれないという長期的な視点をいれるのか、という問題もある。私は①②とも前者をとるべきだと考えているが、仮に後者であるとすれば、利益対立があるか否かは誰にも分からない、ということになる。

(iv) 利害対立②(「利益共同体」,「バイアスの動員」)

前記(ii)のbとcについては、権力の行使はないとしたが、これには慎重な考慮が必要である。

当該商品をめぐる親事業者と下請事業者の関係において、親事業者が購入要請する際の戦略として、紛争が表沙汰にならないように紛争の争点化を妨げるという「バイアスの動員」がなされたかもしれない。それが功を奏すれば、下請事業者は自ら主体的に判断したと思い込んでいるが、実際には、誤った情報を入力されて操作されたことになる(前述の「操縦」に当たる)。

実際に、日本のかつての流通系列や下請系列においては、それぞれ協会等の名称で親睦会が形成され、また、近年の大規模小売業者も納入業者との間で「パートナーシップ」等の名称で、「利益共同体」の結束を図ることが行われてきた。実際、例えばドン・キホーテ事件=同意審決平成19・6・22(審決集54巻182頁)の審判において、違法な従業員派遣や協賛金の要請を受け入れた納

97) 以上については、舟田[2009c]537頁参照。

入業者の何社かは、自分達は「パートナー企業」だから、それらの要請を当然のこととして、喜んで受け入れた、と証言していた。

このような「パートナーシップ」関係が下請事業者においていわば内面化され、取引両当事者間に「利益共同体」の意識が共有されているとすると、前記のa.b.c.の各場合、すなわち、下請事業者が、購入要請を受けて、やむなく購入する場合と、自らの合理的選択の結果として購入する場合、さらに、自ら進んで購入する、という具体的な対応の違いは、みかけほどは大きくないとも考えられる。

(v) 納入価格の事後的な引下げ

親事業者と下請事業者の「利益共同体」的な観念について、上記の「購入強制」と別に、次のようなケースも参考になる。

親事業者が倒産の危機にある場合に、親事業者の要請によって、下請事業者が納入価格の事後的な引下げ（「減額」＝納入の際に、当初の契約における価格よりも引き下げること）という不利益を承諾させられることがあるようである。この行為は下請事業者に「直接の利益」をもたらすものではなく、「不利益」を与えるものであり、下請代金の減額に当たると解される（下請法4条1項3号）。

これに対し、「取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して、合理的であると認められる範囲を超えた負担」（公取委「優越的地位濫用ガイドライン」第4の2(1)、(2)）とは言い難いから、画一的に否定されるべき商慣習ではない、という反論がある。

しかし、優越的地位の濫用規制および下請法上の規制に関する解釈論としては、親事業者が倒産の危機にある場合であっても、親事業者の経営が苦しいからそれを助けることが下請事業者の利益になる、と直ちに判断されるものではない。取引の相手方に一方的に不利益を押し付け、「直接の利益」もないことは明らかであり、「正常な商慣習」を特に持ち出して濫用を否定する上記の反論には合理的理由はないと思われる⁹⁸⁾。

このような反論の基礎には、「利益共同体」的な観念の下に、利害対立と権力行使を覆い隠すという操作があると考えられる。

(5) 「利害」と権力の行使

(i) ルークス [1999] における利害

ここで再度、ルークス [1999] における二者間関係的な権力観に戻ろう。ここでは、前にみたように、「AがBの利害に反するやり方でBに影響を及ぼす」場合に、権力の行使がみられるとするが、そこでは、「主観的利害」と「真の利害 real interest」（または客観的利害）を区別することが前提になっている⁹⁹⁾。

その三次元的権力観によれば、権力は紛争が現実にもみられる場合だけでなく、紛争の表面化を阻止し、人々が苦情を申し立てることなく、満足している場合でも、紛争は伏在していることがあり得る。これと対照的に、一次元的権力観＝多元主義者の権力観においては、「人々が満足しているとすれば、彼らには権力行使によって損害をこうむる利益などありはしない、ということ」になる。しかし、苦情の不在は真正の合意に等しいと想定することは、定義上、虚偽の合意ないしは操作された合意でありうる可能性をあっさりと排除してしまうことになる。「我々がおそらくここで問題にしているのは、権力を行使する人々の利害と彼らが排除する人々の〈真の利害〉とのあいだの矛盾に根差している〈伏在的紛争〉なのである」。

ルークス [1999] は、この点につき、『利害』という観念は、他に還元しえない価値評価的な観念である」、「一般的にいて、利害について語ることは、倫理的かつ政治的な特質をめぐってくださされる規範的判断に対して、ある認可を与えることなのである。それゆえに、利害の〈本質〉に関する種々の概念解釈は、明らかに倫理的かつ政治的な立場の相違にかかわっているといてよい」と述べ、利害の〈本質〉と欲求と選好との関係は、自由主義者、改良主義者、ラディカリストの立場によって異なるとする¹⁰⁰⁾。

(ii) ダールの批判

これに対し、多様な批判がなされているが、ここではダールによる批判を取

98) 以上については、舟田 [2018] 43 頁以下参照。最近の類似例として、公取委は、岩手県のアンテナショップを運営する同県の第三セクター、岩手県産株式会社が、一部の納入業者に対し、自社の収益状況を改善するために、「事務手数料」と称して、商品の代金を減額していた行為は、優越的地位の濫用にあたるおそれがあるものとして、警告を行った（平成 30・11・21）。同社は、2017 年赤字に転落したことがきっかけで減額要請を行った。納入業者からは公取委に不満をよせる者もあるが、他方で、同社の「経営が苦しくなると我々地域の会社もつぶれてしまう。（手数料は）しょうがないと思った」と語る業者もあったという。

99) 本文における次の段落も含め、ルークス [1999] 39 頁以下から引用。

り上げる。

ダールによれば、ルークスは、「権力の概念の基盤を、願望や選好よりももっと人間にとって実質的で具体的とみなされるものの上に置きたいと考えて、『利害』を取り上げた」とするが、この指摘はまさにルークスの意図を正確に捉えていると考えられる。

さて、ルークスの「利害」に対するダールの批判は、「Aの権力の行使のなかでBの利益にとって〈有利〉なものを除外する点で、ルークスの定義は、日常言語や政治学、政治哲学での通常の言葉の用法に反しているばかりか、恣意的である」、ということである。その1つの例として、ダールは次のような例を挙げる。

「ルークスの定義は、Aの権力として無理なく考えられる場合をも恣意的に除外している。たとえば、車の多い道路に子どもが飛び出さないように、ビルがわんぱく息子に家の小さな裏庭で遊ぶように強制するような場合である。Aの行為がBの利益を保護するためのものであり、それに反するものではないと自信をもって結論することができるのは、明らかにこのような場合だろう。それでも、ルークスの定義にしたがって、ビルは子どもに対して権力を行使していないというべきなのだろうか」¹⁰¹⁾。

こう批判するダールは、権力の概念に「利益」を組み合わせるかわりに、権力を、Aの選好や願望に沿った結果を引き起こすAの能力として定義することを選びたい、「選好」や「願望」の意味を特定することに問題がないわけではないが（以下略）、と述べる¹⁰²⁾。こうして、ダールは従前からの「選好」を選ぶことによって、多元主義・功利主義の主流を形成するのである。

しかし同時に、「ある選好が好ましくないとか、不正な背景的制度の産物だ

100) ルークス [1999] 60 頁以下参照。ベルントソン [1996] は、ルークス [1999] の権力概念につき、利害=利益 (interest) を重要概念として、以下のように指摘する。「ステイーブン・ルークスは、バラックとバラーツが多元主義者の無批判的経験主義を批判していることには同調しつつも、彼らの分析を敷衍し、権力の三番目の顔として、社会がどのように人民の意識を作り上げているかという点を問題にした。ルークスは権力の形態分類を期したわけであるが、その営為において、この議論に重要な要因を導入することになった。つまり、利益対立が権力行使の本質的条件であると主張したことである。彼にあって、権力の諸形態は、(利益対立が顕在化した場合には) 強制と強力という形態を、(利益対立が潜在的である場合には) 影響力という形態をとり、後者は権威に依拠した操作と理解されている」。

101) 以上については、ダール [2012] 57 頁以下参照。

102) ダール [2012] 62 頁。

と証明されてしまうと」、多元主義は説得力を失ってしまう、という批判を浴びることになる¹⁰³⁾。このうち、「ある選好が好ましくない」などの選好の社会的評価については、功利主義とその選好概念をめぐって多様に批判されている点であるが、ここでは割愛する。また、「不正な背景的制度の産物だ」という点は、まさにルークス [1999] が大気汚染についての住民の意識についての調査分析等の事例を挙げて力説したことである。

(iii) 「真の利害」

さて、前記のダールの挙げた例をみると、ビルがわんぱく息子に裏庭で遊ぶように強制することは、息子に有利な利益のためであるから、ダールは明白に利益対立はない例だと考えている。しかし、これは不適切な、または過度のパターンリズムに拠る考えかもしれない。わんぱく息子であっても、家の前で遊ぶのを禁止することは、彼の自由で伸びやかな成長を阻害するかもしれない。

飛躍した議論かもしれないが、下請関係において、親事業者が零細下請事業者に対し、「自分以外の事業者の下請を引き受けるな、お前にはまだそれだけの能力がないから失敗する」として、専属下請となるよう強制した場合も考えてみよう。親事業者が下請事業者に対し、このような排他条件付取引を強要することは、下請事業者にとって新規事業による失敗を防止するので利益になるかもしれない。しかし逆に、下請事業者の事業の新たな展開を阻害し、不利益をもたらすかもしれない。

強制という権力の行使がある場合、そこに利害対立があるか否かは、それぞれの具体的実態に即して、権力行使を受ける側の経済主体にとって「真の利害」が何かを判断すべきであり、ルークス [1999] の所説はまさにそれを意識したとも推測される。さらに、権力の行使がある以上、それを受ける者の立場としては、自分の自主的な判断、自律性を否定されたのであるから、既にそのことによって利害対立があるというべきもののように思われる。

前述の優越的地位の濫用規制における、「自由かつ自主的な判断」という観念は、「不利益」要件についての解釈論上の指針となるだけでなく、上記のように、権力と利害という理論構成の次元でも有用であると考えられる。

103) ここでは、サンスティーン [2012] 81 頁による、共和主義からの批判を引用したが、ルークス等の批判もこの点にあることは、前述のとおりである (四 5(4)等を参照)。

(iv) 利害についての規範的立場

上のことと重なることであるが、方法論的な観点から、例えば次のような批判がなされる。ルークスの言う『『真の利益』は、観察者が恣意的に仮定した当事者の主観的選好でしかありえない。しかしこれは、仮定の正しさの基準が与えられていない以上、観察者の恣意性を呼び起こしてしまう。恣意性を止めるためには、Lukes 権力論の外部から客観的な基準を持ち込むしかない』（榎本英樹 [1993]）¹⁰⁴⁾。

また、盛山和夫 [2000] は、「ルークスはただ問題をなぞるだけで何も解決していないのだが、マルクス主義者と同様に、『客観的利害』の概念問題について不問に付すのである」、と批判する¹⁰⁵⁾。

たしかに、ルークスの三次元的権力観は人間が有する客観的利害が何であるかに関する規範的立場を前提とする。「ルークスにとって権力概念は、特定の個人の意図や欲求を実現するために、集合的決定形成、あるいは集合的決定に付す争点形成を通して、他の個人の意図や選好にどのような変化をもたらされているかを経験的に分析するだけでは足りず、決定回避や争点化回避の事実認識を裏付ける、そもそも決定に付されるべき争点は何であるか、また何が争点であるべきなのか、についての規範的立場（政治原理）へのコミットメントを不可避にはらむものなのである」（横濱竜也 [2009]）¹⁰⁶⁾。

ダール等の批判は、それぞれの立場ないし方法論から導き出されるものであり、ルークス自身も、「権力がぬきがたく価値依存的な諸概念の一つである」、と認める¹⁰⁷⁾。ルークスは、第三次元権力が人々の知覚や認識、選好そのものを造形し支配することを捉え、「真の利害」に反して作用する無活動や無意識的行為、集合的諸力ないし社会的諸編成の機能といったものをも、権力行使として、「反事實的」(counterfactual) に想定すべきことを主張する¹⁰⁸⁾。そこには、「人間主体を社会の客観的諸構造へと解消しつつしてしまう構造主義的決定論に抗して、そうした客観的諸構造には解消しきれない人間主体の独自性を

104) 榎本英樹 [1993] 219 頁。

105) 盛山和夫 [2000] 57 頁。ただし、その注 4 に、ルークスの理論の背景には、フランスの構造主義的マルクス主義があると指摘されている。ルークスの人権論については、中島吉弘 [2001] を参照。

106) 横濱竜也 [2009] 234 頁以下。

107) ルークス [1999] 44 頁。

『相対的自律性』として提起している」と理解すること(中島吉弘¹⁰⁹⁾に賛同したい。

ここで「相対的自律性」とは、特定の学説におけるそれではなく¹¹⁰⁾、前述の「バイアスの動員」による争点化回避等、あるいは「構造としての権力」、共同的権力観を踏まえつつ、なおかつ個人の主体性、自律性を措定するという程度の意味である。

政治学等における客観的分析としての権力論に対し、「外部から客観的な基準を持ち込む」ことになるが、規範的判断として、例えば下請法の事例で言えば、優越的地位の濫用規制における、「自由かつ自主的な判断」という観念を導入する必要がある。上の引用文では、主体の「相対的自律性」がそれに当たる。それらは、個人の尊重、人権と民主主義という普遍的原理(それは同時に憲法上の基本的価値でもある)に基礎づけられていると考えられる。

(6) 権力の正当性(rightness)と正統性(legitimacy)

横濱竜也[2009]は法哲学の観点から、ダールやルークスらの議論を検討し、前記引用のように、ルークスの議論が規範的立場(政治原理)へのコミットメントを不可避にはらむと分析した後、次のように述べる。

「重要なのは、誰からも権力の存在を認められるための条件が何であるかを明らかにすることではなく、権力が正当化される必要を有する所以を示すことである。権力への服従により、単にあらかじめ持っていた意図や選好に基づく行為を行えなくなるだけではなく、自らにとって正しい行為を行う個々人の自律が制約されることこそ、それであると私は考える。すなわち権力が個々人にとっての正当性に抵触する行為を強いることにこそ、権力の正当化が必要とな

108) ルークス[1999]142頁の「訳者解説」(中島吉弘)。それに続くのは、次の文章である。「所与の過程を……『権力行使』として捉えるということは、(権力の)〈行使者(たち)〉は別様に行為できると想定することだ」とルークスがいうのも、このような観点に立つからこそである。

本文中で引用した、「反事實的」な想定とは、「『真の利害』に反して作用する無活動--」が仮にそれと異なるとしたらどうなるかと考えれば、それらが権力行使に当たるとみなすことができる、ということであろう。

109) ルークス[1999]141頁以下の「訳者解説」(中島吉弘)を参照。中島吉弘[2001]をも参照。

110) 前注の中島吉弘の「訳者解説」は、フランス・マルクス主義、ピエール・ブルデューなどを下敷きにしても推測され、こういう引用の仕方は不適切かもしれない。

る所以がある。そしてかかる権力の正当化の探求こそが次項目で扱う正統性 (legitimacy) 問題である¹¹¹⁾」。

前出の例で、ビルが息子に裏庭で遊ぶように強制すること、あるいは、親事業者が下請事業者に自己の専属下請としての仕事だけをするように強制することについて、私たちはこれら権力の行使を受ける側の者の自律性ないし自主性という観点から、「利害対立」があるとする立場をとったが、法秩序としては、その次に、「権力が正当化される必要を有する所以を示す」必要がある。

この正当化は、第一次的には、当事者間の関係で問題になるが、当事者間で紛争が表面化し解決しない場合、第二次的に、国家権力を背景とした法的制裁の発動の局面になる。下請関係の例でいえば、下請事業者が親事業者に対し、独禁法違反を理由として差止を請求するという局面で、裁判所が請求を認容し、差止を命じるという時点で、国家権力の発動ということになる。

私たちは、これまで国家権力よりも、社会的権力・経済的権力を主として念頭に議論を進めてきたが、次の段階で、国家権力または公権力の問題を取り上げるべきことになる。

前出の丸山眞男 [1957] は、「これまでは権力過程における特殊=政治的なものを抽出せずに、一般的な人間統制関係における権力のダイナミックスを論じてきた」が、「それでは、非政治的な権力過程が政治化する条件は何であるか」と問い、「ここではじめて政策 (policy) という契機が登場してくる」ということ、および、政策が「権力過程……を通じて形成され、実現される過程」が政治過程なのであり、そこには、「個別的利害……に直接的に奉仕している場合にはそれは公権力とはいえない。この意味で政策は個人または直接的集団をこえた全体性のイメージであるといえよう」と述べる。ただし、「政治権力が客観的に『全体』の利益に奉仕しているということではむしろない」と慎重に断っている¹¹²⁾。

このように公権力ないし国家権力が問題になる場合、国家による権力の行使が正当化されるかという個別の問題と、国家の支配一般の正統性 (legitimacy) という問題がある。上記の丸山眞男 [1957] の指摘は、政策・政治過程と「個別的利害」を超える全体性のイメージの2点を政治固有の問題としたものと理

111) 横濱竜也 [2009] 235頁。

112) 丸山眞男 [1957] (下巻) 472頁以下。

解される。私たちは、後に「福祉国家」,「社会国家」を取り上げる中で(本節五),これらに戻って考えることとしよう。

7 ま と め

上記の権力と自由についての概要を、次のようにまとめておく。

(i) 社会における権力をどう捉えるかについては、まず二者間関係的または主体間関係としての権力観が議論され、次に、権力空間の共有を強調する共同的権力観が説かれてきた。後者の観点からは、権力が単純に自由の反対物としては扱えないという側面がある。

しかし、現代の社会経済において、「社会的力」・「経済的力」の行使によって、実質的な「取引の自由」が侵害されまたは脅かされることを法的にどう捉え、規制するか、という私たちの問題意識の下では、二者間関係的な権力観の下で、権力の「存在」と「行使」をどう捉えるかを考えることが重要である。その過程において、共同的権力観の説くところを参照することが有益である。

(ii) 権力の「存在」といっても、確実に「所有」できるものではなく、関係的であり、かつ、コミュニケーションの関係として捉えられる面がある。

また、権力の「行使」は多様であって、「強制」、「実力」という形態ではなくとも、「権威」、「操縦」により相手方を実質的に服従・抑圧することもあり得る。

(iii) 多元主義的権力観による狭い権力行使の概念(一次元的権力観)だけではなく、「偏向(バイアス)の動員」を通して選好が歪曲されて、権力を持つ者の立場に沿った決定形成をさせ、さらに決定回避させる(二次元的権力観)、さらに、争点化回避、すなわち、争点となるべき立場の対立が存在することの認識自体を持たないようにすることがある(三次元的権力観)。

上では、「バイアスの動員」による選好の歪曲を出したが、「適応的選好形成」、「依存効果」等の議論も、個人の選好や市場における自己決定の偏向ないし虚構性を論じている。「自律的選好」には一定の留保が必要なことは明らかである。

これは、合理的主体による合理的かつ自由な選択という前提を置く厚生経済学、およびそれに依拠する経済法学に対する重大な批判となろう。

(iv) このような政治学・社会学等における権力観をめぐる議論を下敷きに、経済法の中心の問題である、経済的力の行使による「取引の自由」の侵害をど

う捉え、規制するかを考える。

その具体的な検討素材として、下請法違反の行為類型のいくつかを挙げ、親事業者または優越的地位にある事業者から主張される、取引当事者間の共同体的利益観を批判した。これは、下請法による規制または優越的地位濫用規制において、権力行使を受ける側の経済主体にとっての「不利益」とは何かを問うことでもある。

その際に、客観的な(真の)「不利益」を確定しなければならず、それは権力論の外部から客観的な基準を持ち込まざるを得ない。それは、優越的地位濫用規制における「自由かつ自主的な判断」という観念であり、あるいは、より広く経済主体の(相対的)自律性である。

さらに、法秩序において、社会的・経済的力をこのような観点から規制するとすれば、権力の正当化と権力の正統性が要請される。

上記の認識を踏まえて、経済的自由・取引の自由という概念の更なる精緻化を探ることにする。

文献リスト(5)(略語表)

* 50音順。矢印(→)の後に、本文で用いた略語(姓名と刊行年)を示した。

外国名についても、日本名と同様に、姓を先に出し、カンマで区切って、名、という順序にした。

あ

愛敬浩二「二つの立憲主義法学」樋口陽一=森英樹=高見勝利=辻村みよ子『国家と自由——憲法学の可能性』(日本評論社, 2004) 35頁以下 → 愛敬浩二 [2004b]

青柳由香『EU競争法の公共サービスに対する適用とその限界』(日本評論社, 2013) → 青柳由香 [2013]

市川芳治「環境政策とEC競争法」日本EU学会年報29号104頁以下(2009) → 市川芳治 [2009]

市川芳治「EU競争法の規範的考察に関する一試論(上・中・下)」公正取引714号~716号(2010) → 市川芳治 [2010]

市川芳治「競争法は『表現の自由』の破壊者か保護者か(1)(2)」法律時報85巻10号

- 54 頁以下, 11 号 64 頁以下 (2013) → 市川芳治 [2013]
- 井上達夫『他者への自由：公共性の哲学としてのリベラリズム』(創文社, 1999)
→ 井上達夫 [1999a]
- 井上達夫「普遍主義と文脈主義」『新・哲学講義 別巻』(岩波書店, 1999)
→ 井上達夫 [1999b]
- 井上達夫「公共性とは何か」井上達夫(編)『公共性の法哲学』(ナカニシヤ出版, 2006) → 井上達夫 [2006]
- 井上典之「カジノ開設の禁止と職業の自由——カジノ決定 (BVerfGE102, 197)」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例 3』(信山社, 第 2 版, 2008) 304 頁以下 → 井上典之 [2008]
- 井上典之「喫煙規制をめぐる憲法問題—ドイツ連邦憲法裁判所の禁煙法違憲判決を素材に—」法律時報 81 卷 5 号 104 頁以下 (2009) → 井上典之 [2009]
- 井上典之「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性」『季刊 企業と法創造』7 卷 5 号 (通巻 27 号) 37 頁以下 (2011) → 井上典之 [2011]
- 小川晃一『政治権力と権威』(木鐸社, 1988) → 小川晃一 [1988]
- 大久保史郎『「中間団体」論の視点と課題』立命館大学人文科学研究所紀要 84 号 1 頁以下 (2004) → 大久保史郎 [2004]
- 大久保史郎『人権主体としての個と集団』(日本評論社, 2003) → 大久保史郎 [2003]
- 小澤光利『「組織された資本主義」と『国家資本主義』——現代資本主義の把握のために』法政大学・経済志林 80 卷 2 号 17 頁以下 (2012) → 小澤光利 [2012]
- 押久保倫夫「国家と社会の二元論と『個人』」——フォルストホフとベッケンフェルデの所説を検討して」大須賀明(編)『社会国家の憲法理論』(敬文堂, 1995 年) 81 頁以下 → 押久保倫夫 [1995]

か

- 金子 勝=井上達夫「市場・公共性・リベラリズム」思想 904 号 9 頁以下 (1999)
→ 金子勝=井上達夫 [1999]
- 上条 勇「ヒルファディングの組織された資本主義(1)(2)」北海道大学経済学研究 27 卷 3 号 141 頁以下, 3 号 141 頁以下 (1977) → 上条勇 [1977]
- 上条 勇『「金融資本論」と「組織された資本主義」論：方法論的考察』北海道大学経済学研究 31 卷 1 号 121 頁以下 (1981) → 上条勇 [1981]
- ガルブレイス, ジョン・K. (鈴木哲太郎訳)『ゆたかな社会』(岩波現代文庫, 2006)
→ ガルブレイス [2006]
- ガルブレイス, ジョン・K. (新川健三郎訳)『アメリカの資本主義』(白水社, 2016)

→ ガルブレイス [2016]

川崎 修=杉田 敦(編)『現代政治理論』(有斐閣, 新版, 2012)

→ 川崎修=杉田敦(編) [2012]

児玉 聡『ベンタムの功利主義の理論とその実践的含意の検討』京都大学博士論文
http://plaza.umin.ac.jp/kodama/doctor/doctoral_thesis.pdf (2004) → 児玉聡
[2004]

児玉 聡『功利主義入門——はじめての倫理学』(ちくま新書, 2012) → 児玉聡
[2012]

さ

阪本昌成『リベラリズム／デモクラシー』(有信堂高文社, 第2版, 2004)

→ 阪本昌成 [2004]

阪本昌成『表現権理論』(信山社, 2011) → 阪本昌成 [2011]

佐藤俊樹「ネットワークと公共性」『法哲学年報〈公私〉の再構成』Vol.2000, 84頁
以下(2001) → 佐藤俊樹 [2001]

サンスティーン, キャス(那須耕介監訳)『熟議が壊れるとき: 民主制と憲法解釈の
統治理論』(勁草書房, 2012)

→ サンスティーン [2012]

杉田 敦『権力論』(岩波現代文庫, 2015) → 杉田敦 [2015]

盛山和夫『権力』(東京大学出版会, 2000) → 盛山和夫 [2000]

関 嘉彦「ベンサムとミルの社会思想」『世界の名著38: ベンサム; J.S. ミル』(中
央公論社, 1967) 5頁以下 → 関嘉彦 [1967]

た

高村学人「フランス革命期における反結社法の社会像——ル・シャブリエによる諸
立法を中心に」早稲田法学会誌 48巻 105頁以下(1998) → 高村学人 [1998]

瀧川裕英=宇佐美誠=大屋雄裕『法哲学』(有斐閣, 2014) → 瀧川裕英ほか
[2014]

武田邦宣「EC競争法原理の生成」阪大法学 56巻 6号 1401頁以下(2007)

→ 武田邦宣 [2007]

多田英明「銀行業に対するEU国家援助規制」日本経済法学会年報 32号 109頁以下
(2011) → 多田英明 [2011]

多田英明「競争法の観点からみた国家補助規制: EU競争法の議論を参考に」公正取
引 746号 44頁以下(2012) → 多田英明 [2012]

- 樽本英樹「権力論の構造——ステーブン・ルークスとニクラス・ルーマンの比較から」ソシオロギス 17号 216頁以下(1993) → 樽本英樹 [1993]
- ダール, ロバート=ボセッティ, ジャンカルロ『ダール, デモクラシーを語る』(岩波書店, 2006) → ダール=ボセッティ [2006]
- ダール, ロバート(高島通敏訳)『現代政治分析』(岩波書店, 1999, 岩波現代文庫, 2012) → ダール [2012]
- ダール, ロバート(高島通敏=前田脩訳)『ポリアーキー』(岩波書店, 2014) → ダール [2014]

な

- 中島 徹『財産権の領分：経済的自由の憲法理論』(日本評論社, 2007) → 中島徹 [2007a]
- 中島 徹「財産権と営業の自由」吉田善明古稀『憲法諸相と改憲論』(敬文堂, 2007) → 中島徹 [2007b]
- 中島吉弘「S・ルークスにおける人権擁護論と道徳性の位相」法学新報 107巻 3・4号 355頁以下(2001) → 中島吉弘 [2001]
- 中谷義和「戦後アメリカ政治学小史」立命館法学 2004年 3号(295号) 667以下(2004) → 中谷義和 [2004]
- 日本法哲学会(編)『法哲学年報 功利主義と法理論』Vol.1987(有斐閣, 1988) → 法哲学年報 [1988]
- 日本法哲学会(編)『法哲学年報 功利主義ルネッサンス』Vol.2011(有斐閣, 2012) → 法哲学年報 [2012]

は

- ハイエク, F.(田総恵子訳)「ハイエク全集第2期第5巻 政治学論集」(日外アソシエーツ, 2009) → ハイエク [1990]
- ハイエク, F.(嘉治元郎=嘉治佐代訳)「ハイエク全集 3 個人主義と経済秩序〔新版〕」(春秋社, 2008) → ハイエク [2008]
- ハーバーマス, ユルゲン(小牧治=村上隆夫訳)「ハンナ・アレントによる権力概念」『哲学的・政治的プロフィール——現代ヨーロッパの哲学者たち(上)』(未来社, 1984)(原著1981) → ハーバーマス [1984]
- ハーバーマス, ユルゲン(河上倫逸ほか訳)『事実性と妥当性(上・下)』(未来社, 2002-03) → ハーバーマス [2002-03](上・下)
- バリール, ノーマン・F.(矢島鈞次訳)『ハイエクの社会』(春秋社, 1984)

→ バリー, ノーマン・F. [1984]

樋口陽一『憲法入門』(勁草書房, 6訂版, 2017) → 樋口陽一 [2017]

舟田正之「公共工事に関する独禁法の適用除外の可否」全建ジャーナル 21 卷 10 号 8 頁以下 (1982) → 舟田 [1982a]

舟田正之「談合入札」法学教室 19 号 90 頁以下 (1982) → 舟田 [1982b]

舟田正之「『公正な競争』と取引の自由」舟田正之 = 土田和博 (編著)『独占禁止法とフェアコンミ』(日本評論社, 2017) → 舟田 [2017a]

舟田正之「批判: NTT 東日本事件 = 最判平成 22・12・17」経済法百選 (第 2 版) 266 頁以下 (2017) → 舟田 [2017b]

舟田正之「事業法と独禁法——NTT 東日本事件と新潟タクシー事件を素材として」立教法学 96 号 163 頁以下 (2017) → 舟田 [2017c]

舟田正之「取引開始時における優越的地位の濫用」立教法学 98 号 92 頁以下 (2018) → 舟田 [2018]

ベルントソン, E. (中谷義和 = 岡林信一訳)「主権から権威と影響力へ——民主主義理論における権力の系譜学へ向けて」立命館法学 1996 年 2 号 (246 号) 664 頁以下 (1996) → ベルントソン [1996]

堀内健志『憲法理論研究』(弘前大学出版会, 2011) → 堀内健志 [2011]

ま

丸山眞男『現代政治の思想と行動 (上巻・下巻)』(上巻, 1956, 下巻, 1957)

→ 丸山眞男 [1957] (下巻) 本書は, (未来社, 増補版, 1964), (新装版, 1975) があるが, ここでは旧版に拠った。

森 英樹「経済活動と憲法」樋口陽一 (編)『講座憲法学 4 権利の保障(2)』(日本評論社, 1994) 13 頁以下 → 森英樹 [1994]

森 英樹「グローバル化時代の憲法と経済秩序」『季刊 企業と法創造』6 卷 4 号 (通巻 21 号) 113 頁以下 (2010) → 森英樹 [2010]

や

山内康英「政治的多元主義と熟議: 概念と思想」情報社会学会誌 9 卷 1 号 5 頁以下 (2014) → 山内康英 [2014]

横濱竜也「概念と方法」『社会 / 公共性の哲学 岩波講座 哲学 10』(岩波書店, 2009) 225 頁以下 → 横濱竜也 [2009]

ら

ライシュ, ロバート・B. 『最後の資本主義』 (東洋経済新報社, 2016) → ライシュ [2016]

ルークス, スティーヴン (中島吉弘訳) 『現代権力論批判』 (未来社, 2刷, 1999) → ルークス [1999]

ロールズ, ジョン (田中成明ほか訳) 『公正としての正義』 (木鐸社, 1979) → ロールズ [1979]

わ

若松良樹 (編著) 『功利主義の逆襲』 (ナカニシヤ出版, 2017)

→ 若松良樹 (編著) [2017]

若松良樹 「序章 功利主義の逆襲」 『功利主義の逆襲』 (ナカニシヤ出版, 2017) 3頁以下 → 若松良樹 [2017]

渡辺昭成 「EU 機能条約 101 条 3 項における競争制限効果と非競争的利益の衡量」 国士館法学 44 号 63 頁以下 (2011) → 渡辺昭成 [2011]

和田健夫 「戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷(1)~(5)」 北大法学論集 31 巻 2 号 451 頁以下, 32 巻 1 号 179 頁以下, 同 2 号 345 頁以下, 33 巻 1 号 43 頁以下, 34 巻 2 号 341 頁以下 (1980-1983) → 和田健夫 [1980-83]

外国書

Badura, Peter, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung (1970)

→ Badura, P. [1970]

Ballerstedt, K., Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd. hrsg. v. K.A. Bettermann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner (1958) → Ballerstedt, K. [1958]

Böhm, Franz, Wettbewerb und Monopolkampf (1933) → Böhm, F. [1933]

Böhm, Franz, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung (1937) → Böhm, F. [1937]

Ehmke, Horst, Wirtschaft und Verfassung (1961) → Ehmke, H. [1961]

Eichler, Hermann, Wirtschaftsrecht (1950) → Eichler, H. [1950]

Mestmäcker, E.-J., Recht und ökonomisches Gesetz (1978) → Mestmäcker, E.-J. [1978] (訳書=メストメッカー [1980])

Pütz, Theodor, Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung (1948) → Pütz, T. [1948]

Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 3. Aufl. (1947)

Zacher, Hans F., *Aufgabe einer Theorie der Wirtschaftsverfassung*, in: *Festschrift für Franz Böhm* 1965, S.63 → Zacher, H. [1965]