

# 経済的自由の違憲審査基準論

——「競争重視」への一大転換——

一 四七年判決にみる「福祉国家」論——序にかえて——

- 1 判例にみる基本問題の誤信
  - 2 社会権重視の歴史の展開
  - 3 独占禁止法に基づく「経済の民主化」
  - 4 「福祉国家」と「競争政策」の調和的理解
- 二 競争制限的規制と市場経済の理論
- 1 積極的規制と「競争制限」の誤信
  - 2 あまりにも倒錯している「明白の原則」
  - 3 五〇年判決と四七年判決の奇妙な関係
  - 4 安全性確保のための原動力は「競争圧力」

馬川千里

三 酒税法判決にみる財政目的の規制

1 「酒税の確保」と「販売の免許制」

2 「課税」問題と「営業規制」の峻別

3 酒販免許制をめぐる違憲審査基準の考察

4 財政政策を目的とする規制の展開

四 憲法一三条の「必要最小限度の原則」の展開

1 問題の所在

2 今村説と憲法一三条の展開

3 憲法一三条と「二つの区別」の考察

4 憲法一三条と二二条の「公共の福祉」論

5 「必要最小限度」と「市場の失敗」の比較

五 「競争重視」への一大転換——結びにかえて——

1 判例理論に欠けている「手段の重視」

2 人権論より「裁判所の機能論」の重視

3 目的二分論と規制改革の「二分法」の比較

4 福祉国家目的と「規制手段」の峻別

## 一 四七年判決にみる「福祉国家」論——序にかえて——

## 1 判例にみる基本問題の誤信

昭和四七（一九七二）年の小売市場事件判決（最大判昭和四七・一一・二二刑集二六卷九号五六頁。以下「四七年判決」という）は、「福祉国家的理想」↓「保護政策」↓「競争制限的規制」↓「明白の原則」といった、一連の関係を述べた最高裁大法廷の判決であり、リーディング・ケースといわれている。

四七年判決は、「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。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといえることができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであって、決して憲法の禁ずるところではないと解すべきである」と判示した。

筆者は四七年判決の重要な基本的な問題の一つが、福祉国家論の展開ではないかと考える。福祉国家的理想の憲法上の根拠は、憲法二五条の「生存権」や同法二八条の「勤労者の団結権」を保障する社会権に基づくものであり、

現実にも、社会保障法や労働法関係の諸法律によって多くの施策が実施されている。しかし、ここで注目すべきことは、福祉国家の実現は、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って、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。しかし、四七年判決は社会権の保障のために自由権の制限を認め、しかも司法審査の基準は必要最小限度である必要はなく、必要と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り、これを違憲と(する)」という「明白の原則」を採用した。しかし、それでは人権であるはずの経済的自由権を軽視し、福祉については無限定に寛大な発想が潜んでいるように感じられる。<sup>(1)</sup>さらに、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<sup>(2)</sup>」と述べている。また、経済学者の三輪教授は、「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』<sup>(3)</sup>によってのみ正当化され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<sup>(3)</sup>」と述べている。さらに、経済学者の八田教授も、最近の研究において、「憲法は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利(二五條)を認めたいうえで、公共の福祉に反しない限り、財産権(二九條)と職業選択の自由(二二條)を保障しています。これは、政府に、最低限の再分配を義務づけたうえで、公共の福祉に反しない限り、市場に介入することを禁じている、と解釈できます。『公共の福祉に反しない限り』とは、『市場の失敗がないかぎり』を意味すると思われることは自然なので、憲法は、国に対して、市場の失敗がないかぎり市場への不介入を、すなわち効率化原則という規範を、求めていると考えられます<sup>(4)</sup>」と述べている。筆者も、この指摘には同感であり、経済学者の<sup>(5)</sup>

発言として特に注目すべきであろう。

ここで特筆すべきことは、四七年判決は福祉国家的理想や社会権の保障を強調する結果、自由権としての経済的自由の制限を当然視していることに対する疑問である。憲法一一条は、「基本的人権は、侵すことのできない永久の権利」と規定している。さらに、同法一三条は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定する。そうすると、四七年判決は人権としての経済的自由の制限を当然視するものとして、その基本（最初）から重大な難点のある理論の上に構築され展開されるように考えられ、無視できない問題である。戸波教授は、「違憲審査は、現在混沌としているというのが実情である」と述べているが、それから抜け出し、新しい判例理論の構築のためには、福祉国家的理想による政府規制も、あくまでも自由な競争を実現させるためであって、競争そのものの排除ではないと考えるべきであり、競争制限的規制の反省にたち、「競争の重視」にたつて判例理論を構築することであると考える。

最初に特に強調しておきたいことは、疑問視される積極的規制の「明白の原則」を前提にして解釈理論を進める限り、その難点は他の関連する解釈にも波及し反映するのは必至であろう。筆者は、積極的規制について「明白の原則」が採用されることは、統制時代の「競争は好ましくない」という古い価値観の上に構築された特異な解釈理論のように考えられることである。<sup>(7)</sup>

## 2 社会権重視の歴史的展開

憲法学者の阪本教授は、「二〇世紀的基本権は、『自由市場の放任』への不信を基礎として、国家の不作為請求を超えた、国家の作為を求める権利として正当化された。こうした人権の歴史的展開を表すスローガンとして、『自

由権から社会権へ』とか『国家からの自由』から『国家による自由』へ、といわれたりもした<sup>(8)</sup>と述べている。また、法哲学の分野からも、井上教授は、「自由権から社会権へ」とか、『自由国家から社会国家へ』という図式がドグマ化したため、自己決定と自己責任とを核とする自律の理念を時代錯誤とみなす風潮が生じ、パーソナリズムの問題性を自覚させる思想的基盤が風化した。この図式と結合した福祉国家思想は、……個人の自律性よりも依存性を強調することに集中(した)<sup>(9)</sup>という指摘となる。その結果として考えられる方向は、福祉国家的理想の強調であり、経済的自由権は生存権保障の実現のために積極的規制に服することになるといった見方である。昭和三〇(一九五五)年に学界に登場し、その後の学説・判例に大きな影響を与えたといわれる憲法学の泰斗である宮沢俊義<sup>(10)</sup>氏の学説を考察しておくことが適切であろう。大要次のような内容である。

個人の人権の主張は、多くの場合において、他人の人権と多かれ少なかれ矛盾し、衝突する。……こうした矛盾・衝突を調整することが必要である。……かような民主的な人権調整の原理ともいべきものは、……実質的な公平でなくてはならない<sup>(11)</sup>。この実質的公平の原理は、各種の人権そのものの本質に内在する原理である<sup>(12)</sup>。憲法<sup>(13)</sup> 第一条や、第一三条が公共の福祉に言及しているのは、単に注意的な意味をもつにすぎないと見るべきである。公共の福祉とは、実質的公平の意味すると解するが、二つの側面がある。自由国家では、各人を平等に尊重する立場から、各人の基本的人権相互の衝突の可能性を調整することが公共の福祉の要請するところと見るべきである。これを自由国家的公共の福祉と呼ぶことができる。基本的人権を公平に保障することがその狙いである。社会国家では、社会権が基本的人権の地位を与えられる。社会権の保障は、その本質上、必然的に各人の自由権に対する制約を含む。たとえば、生存権を保障するために、……経済的活動の自由を大きく制限することになるだろうし、……契約の自由は高度に制限されることになろう。そのほか、一般的にいつて、生存権の保障

を目的とする各種の社会政策的措置は、必然的に、財産権に対して多かれ少なかれ制約を加えずにはおかない<sup>(14)</sup>。そうした制約も、社会国家では、公共の福祉の要請するところと考えなくてはならない。これを社会国家的公共の福祉と呼ぶことができる。基本的人権を<sup>実質的に</sup>保障するのが、その狙いである<sup>(15)</sup>。

以上のように述べている宮沢説は、基本的人権の制約を正当化する「公共の福祉」との関係で、①社会国家的公共の福祉による制約（≡積極的規制）のためには、国家による経済活動の自由を制限することが是認される。②社会権の保障は、その本質上、必然的に各人の自由権に対する制約を含むとまで言い切る内容となっている。筆者の理解に間違いがなければ、戦後の人権の展開に影響を与えたといわれる宮沢説は、四七年判決にも大きな影響を与えていることである。「食べること」が国民の最大の関心事であり、戦時期に導入された統制経済を長く体験した日本国民にとっては、国家による統制は不可欠なものと意識され<sup>(16)</sup>、貧しさからどうやって抜け出すかが最大の目標だった戦後日本では、国家に生存権の保障を求める国民の要求は切実なものであり、福祉国家の実現に何の疑問も持たれなかったとしても不思議ではない。しかし、戦後半世紀以上も経過しているのである。時代の節目で、常識や見方が変わるのには良くあることである。それが戦後、わが国に導入された「経済憲法」といわれる独占禁止法を基本とする競争政策の考え方であり、それは競争軽視の古い価値観とは正反対なのである。

### 3 独占禁止法に基づく「経済の民主化」

独占禁止法（昭和二二（一九四七））は、「公正且つ自由な競争を促進し、……以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」（一条）と規定する。競争は非効率な企業を淘汰し、経済社会を効率的に発展させる原動力である。しかも、競争によるインセンティブがない社会は、

ソ連をはじめとする社会主義諸国がそうであったように、これらの創意工夫を失い、生産性が悪化することで、結局は国民の不幸につながることになる。<sup>(17)</sup>しかし、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>(18)</sup>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」と述べている。<sup>(19)</sup>憲法の積極的規制に独占禁止法があげられる理由でなければならない。

しかし、新しい法律が制定されたからといって、その内容が国民にすぐ理解され、支持されるとは限らない。独占禁止法（競争政策）も、その典型である。経済学と法学者との関係について、経済学者の小宮隆太郎教授の指摘は、「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に乏しく、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」というものであった。<sup>(20)</sup>しかし、紆余曲折はあったものの、独占禁止法の研究者には徐徐にはあるが、経済学の基礎的な理論が理解されつつあるように思われる。<sup>(21)</sup>それに對して、憲法の目的二分論、特に「明白の原則」を考察する限り、戦後半世紀以上も経過している今日においても、憲法学の分野においては「競争」が理解されず、「競争の軽視」といった古い価値観が根強く残っていることである。棟居教授は、「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」と述べている。<sup>(22)</sup>また、松井教授の指摘も、「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」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<sup>(23)</sup>」という内容である。市場経済を建前とする憲法の解釈に、競争軽視の立場にたつて解釈理論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。

#### 4 福祉国家と「競争政策」の調和的理解

種々の必要性から政府の介入は拡大するが、それだけに市場経済に対して政府の競争制限的規制を避け、政府の介入は市場経済を侵食しないことが、積極的規制の原則とならなければならないというのが市場経済の理論である。だから、福祉国家の理想による経済活動の規制も、あくまでも自由な競争を実現させるためであつて、競争原理そのものの排除ではないと考えるべきであろう。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、競争市場がもつすぐれた機能を阻害することになり、一般消費者の利益を害することになる。このことが、独占禁止法をいわゆる経済憲法として位置づける理由である。しかし、目的二分論は「福祉国家的理想」↓「保護政策」↓「明白の原則」といった図式で、競争制限的規制を正当化するが、「市場の失敗」とでは天と地の違いであり、その違いは決定的である。そして「明白の原則」という特異な理論は、このような理論とも一体なのである。しかも、競争そのものの軽視に結びつきやすい目的二分論の「明白の原則」を前提にして解釈論を展開する限り、それは基本的な問題であるから、それを前提とする理論は他の関連する憲法解釈にも波及し、反映するのは必至である。このような問題意識をもとに、特異と考えられる判例理論を具体的に考察するのが本稿の目的である。

最後に述べるべきことであるが、敢えて最初に述べておけば、これから述べる最高裁の判例理論は、ある意味では日本の重要な政治経済問題（官と民の癒着問題、高級官僚の天下り問題、消費者問題など）に関する、日本社会としての価値判断の表れのように考えられることである。

- (1) 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（1）」民商一一三卷四・五号七五二頁（一九九六）。
- (2) 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（2・完）」民商一一三卷六号八五三頁（一九九六）。「目的」が正しくても「手段」が疑問視されるのが、政府の競争制限的規制である。そして市場経済の理論の無理解が現われるのも、手段の選択をめぐってである。
- (3) 三輪芳朗「『社会的規制』の政治経済学」経済学論集（東京大学）六三卷二号二四頁（一九九七）。また、八田教授も、「経済政策の『基本の基本』からすると、政府が市場に干渉すべきケースは二つしかない。再分配をする場合と、市場の失敗に対処する場合である」と述べている。八田達夫「税の働き①」（やさしい経済学）日本経済新聞二〇〇一年八月七日号。
- (4) 八田達夫『ミクロ経済学Ⅰ』一五頁注9（東洋経済新報社、二〇〇八）。
- (5) 馬川千里「規制改革の現代的課題——憲法の判例理論と独占禁止法」『慶應の法律学 公法Ⅱ』五〇頁（慶應義塾大学出版会、二〇〇八）。
- (6) 戸波江二「職業の自由と違憲審査」法教一七四号三四頁（一九九五）。
- (7) 馬川・前掲注（5）六五頁。松本氏も、「目的二分論が特異な理論なのではないかとの疑いを抱かせる」と述べ（松本・前掲注（1）七三八頁）、さらに、経済的自由権に関して、「基本的には目的の正当性・規制の必要最小限度性を問うべきであって、『明白性』などの基準によるべきではない」と述べている（松本・前掲注（2）八六九頁）。

- (8) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』一一五頁(成文堂、一九九三)。
- (9) 井上達夫「バターナリズムと人権」ジュリ九四五号七四頁(一九八九)。
- (10) この指摘は、芦部信喜『憲法』八七頁(岩波書店、一九九四)。
- (11) 宮沢俊義『憲法Ⅱ(新版)』一三〇頁(有斐閣、一九七六)。
- (12) 宮沢・前掲注(11) 一三二頁。
- (13) 宮沢・前掲注(11) 一三七頁。
- (14) 宮沢・前掲注(11) 一三二頁。
- (15) 宮沢・前掲注(11) 一三五頁。
- (16) 戦後の主だった知識人を動員し、発表された内容について、鶴田教授は、「一方で、自由競争を尊重することが必要と説く反面、他方では、『金融機関および重要基礎産業の公共化(国有化)』と、『経済の計画化と相当程度の国家的統制』が必要と説いていた。当時の知識人に共通する認識であった」と述べている。鶴田俊正『規制緩和——市場の活性化と独禁法』二二六頁(ちくま新書、一九九七)。
- (17) 奥野正寛「日本の政治経済システムを問い直す」現代経済研究グループ編『日本の政治経済システム』二〇頁(日本経済新聞社、一九九〇)。また、大竹教授も、「市場経済のメリットとは『市場で厳しく競争して、国全体が豊かになって、その豊かさを再分配政策で全員に分け与えることができる』ということだ」と述べている。大竹文雄『競争と公平感——市場経済の本当のメリット』六九頁(中公新書、二〇一〇)。
- (18) 川本明『規制改革』三三頁(中公新書、一九九八)。
- (19) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』二五七頁(成文堂、一九九六)。
- (20) 平林英勝「独占禁止法の解釈・施行・歴史」三八七頁からの引用(商事法務、二〇〇五)。
- (21) 平林教授は、「わが国における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(20)三九四頁。

(22) 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』七〇頁(日本経済新聞社、二〇〇〇)。

(23) 松井茂記「ほっといてくれ」の憲法学から『みんなでやろうよ』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)。

## 二 競争制限的規制と市場経済の理論

### 1 積極的規制と「競争制限」の誤信

四七年判決と昭和五〇(一九七五)年の薬局距離制限事件判決(最大判昭和五〇・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「目的二分論」を採用することになった。そして、積極的規制には「公共の福祉」による制約を緩く解し、消極的規制には「公共の福祉」による制約を厳しく解すという理論を採用した。この目的二分論について、前者には緩やかに、後者には厳しく解釈すべき根拠は何であるか説明がつきにくいといった批判も少なくない。そればかりか、憲法二二条の「公共の福祉」の解釈に、積極的規制の場合には緩やかに解釈できるといふ原則は、結果的には競争政策が有名無実になり、競争による「経済の民主化」や競争による「消費者の利益確保」が失われることである。それで、憲法学者からは異論が少なくと思われる「過当競争」や「弱者保護」といった、代表的な競争制限的な積極的規制の考察から論を進める。

## (1) 諸悪の根源のようにいわれる「過当競争」

わが国では、従来から「過当競争」という言葉がいわれてきた。「競争は悪」と考えられ、「過当競争」とか「滅的競争」は諸悪の根源のようにいわれてきた。四七年判決も、「過当競争」を好ましくない競争状態として捉え、商調法（正式には「小売商業調整特別措置法」（昭和三四）という）五条の許可基準も、「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認めるのであるが、この発想は、結局、企業を保護すれば国民の利益になるという、カルテル立法におけるそれと実質的には同じである。しかし、競争の結果として市場から退出する限界企業を保護することは、むしろ問題である。

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、「なかでも最も重要な観念は、『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り、強者が弱者を排除あるいは搾取し、社会的に不当な結果を招くことになるという理解である。このような自由競争に対する不信が、政府による過剰なまでの保護や規制を招き、効率的で公正な経済活動を妨げてきた<sup>24</sup>」と指摘している。しかし、「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さえいわれてきた。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（一九五九）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ほとん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<sup>(25)</sup>。

本来の意味での「過当競争」は、その分野に必要な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<sup>(26)</sup>。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>(27)</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。何ら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、他の分野にも波及する。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。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。その内容は、「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つたからこそなのである<sup>(28)</sup>」という指摘である。多くの人は、競争制限的な解決策（救済策）に頼ろうとする。しかし、競争制限の方策は、事態の解決にならない場合が少なくないのである。

(2) 「弱者保護」論の誤信

経済的自由に対する積極的規制に、社会経済的な「弱者保護」が含まれることについては、憲法学の分野では反対説は極めて少ないと思われる。しかし、目的は手段を正当化するものではないということと関連して、弱者保護を理由とする安易な競争制限的な政策が採用されることに対する検討が必要である。

事業者にとっては競争業者の出現をよるこぶはずもなく、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は当然である。また、「弱者保護」は世論の支持を受けやすい。それに反対する人は、「正義」に反するようにみ

られ、激しいプレッシャーを受けることになる。これが、わが国で保護政策が広く行われてきた原因の一つである。しかし、独占禁止法の分野からも根岸教授は、「独禁政策の立場からは、単に経済的弱者であるからという理由のみに基づいて特別の保護を与え、競争からの免除を容認することはできないであろう」と指摘している。<sup>(29)</sup> また、奥野教授も、「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。……わが国の社会・経済政策の多くは、社会的弱者を保護するという目的を満たすために採用・実施されてきた」と指摘している。そして、その「通念」の転換を説き、「市場経済の基本は自由競争である。自由な競争こそが、経済の活力を高め、国民が豊かさを享受できるために必要である。……競争によるインセンティブがない社会は、ソ連をはじめとする社会主義諸国がそうであったように、これらの創意工夫を失い、生産性が悪化することで、結局は国民の不幸につながることになる<sup>(31)</sup>」と述べている。「弱者保護」をめぐることは、憲法の判例理論と市場経済の理論には相当な開きがある。しかし、ここで誤解のないように強調しておきたい。それは、弱者保護を理由として安易に競争制限的な保護政策を採用していることに対してであり、弱者保護の必要性を否定するものではないということである。

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に結び付くならば、それは市場経済の否定である。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、社会保障などの施策をする必要があることが前提である。このように捉える限りは、競争政策と福祉国家的理想とは矛盾・対立する関係ではないのである。

反対に、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。競争制

限的規制の緩和は、分配システムを伴う限り、弱者に対してより暖かい手を差しのべることができるのである。中谷教授も、「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分配の不平等を、社会保障政策、税制などの所得再分配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>32)</sup>

(3) 「競争制限的規制」と「市場の失敗」

以上のように、憲法学者からは異論の少ないと思われる「過当競争」や「弱者保護」を口実とする競争制限的規制さえ、市場経済の理論からは疑問が少なくないことである。しかし、目的二分論は「福祉国家的理想」↓「保護政策」↓「明白の原則」といった図式で、何々は「重要である」とか「大切である」といった曖昧な理論や漠然とした世論に安易に同調するといった傾向のもとに、競争制限的規制を正当化してきたが、それが間違いであることは明らかであろう。しかも、政府規制の名のもとに行われる競争制限的規制は、法律がどのような目的を掲げようと、「市場の失敗」とは無関係な競争制限的規制は、結果的には既存業者の利益のためであり、一般消費者の利益を害することになる場合が少なくないのである。経済学者の三輪教授は、「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」と述べている。<sup>33)</sup> また、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」と指摘している。<sup>34)</sup> 判

例の目的二分論は「福祉国家的理想」→「保護政策」→「明白の原則」といった図式で、競争制限的規制を正当化するが、「市場の失敗」とでは天と地の違いであり、その違いは決定的である。阪本教授も、「日本が規制過剰の国家となつてしまったのは、<sup>35)</sup>積極目的規制は社会的正義のためだ」、「福祉国家的ためだ」と多くの社会学者が誤信したからだ」という指摘であり、現にいま、規制改革がいわれる所以である。

これまでの混迷した判例理論から抜け出し、新しい理論の構築のためには、福祉国家的理想による政府規制も、あくまでも自由な競争を実現させるためであつて、競争原理そのものの排除ではないと考えるべきであり、競争制限的規制の反省に立ち、「競争重視」に立つて判例理論を構築することであると考える。

## 2 あまりにも倒錯している「明白の原則」

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。消費者基本法（昭和四三（一九六八））を取り上げよう。

消費者基本法は消費者の利益を掲げ、第二章で安全の確保（一一條）、計量の適正化（一三條）、公正自由な競争の促進等（一六條）などの内容を上げている。そして重要なことは、その内容を全て行うことで、一方が他方を犠牲にしてもよいという関係ではない。たとえば、「安全の確保」による消費者の利益確保のために、「公正自由な競争の促進」を犠牲にすることではない。両者は両立する関係にあり、安全性の確保や危険の防止は競争に一定の条件を順守させるだけで、競争を制限するものであつてはならない。<sup>36)</sup>ところが、薬事法による薬局の距離制限は、「安全の確保」という消費者の利益のために、競争による消費者の利益を犠牲にしているのであり、その距離制限

が問題となるのは当然である。

消極的規制は、経済活動が社会におよ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、経済的自由が制限されているとは考えないであろう。道徳的・倫理的理由からも、そのような製品の規制は当然と考えられ、それらの規制は止むを得ぬものとして納得されやすいからである。<sup>37)</sup> そうだとすれば、人権としての経済的自由の侵害が疑問視されるのは、むしろ競争制限的な積極的規制の方である。それゆえ、目的二分論をめぐって、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が少なくないが、けだし当然のことである。松井教授は、「競争制限的・保護主義的規制の方がフリーパスで認められるというのは、あまりにも倒錯していないだろうか」<sup>38)</sup>という指摘である。また、今村教授も、「距離制限は、個人の営業の自由に対する強度の制限であり、独占・競争制限をもたらすことにより、一般消費者の利益を害するおそれを含んでいる。そしてこれは、自由主義経済体制の価値観とは、正面から対立することとなるものであるから、安易にその合憲性を認めることは制度の整合性を欠く結果となるう」<sup>39)</sup>という指摘である。さらに、芦部教授も、「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さわめて多い」と述べている。このように見てくると、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判例理論が疑問視されるのは当然なのである。

この問題に経済的側面からの考察を付け加えれば、消極的規制を口実に競争制限的規制を採用すれば、競争政策を有名無実にし、競争市場がもつすぐれた機能を阻害することである。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、参入を行政によって規制することは可能なか

ざり差し控えるべきであり、その必要性を立証できないかぎり、参入規制を認めてはならない<sup>(41)</sup>と厳しく批判されている規制方法である。また、川本氏の言葉を借りれば、規制を業にたとえていえば、経済的規制は「劇薬」であつて、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>(42)</sup>。そうだとすれば、目的二分論の「明白の原則」は、その劇薬の使用を極めて安易に認めることになるが、あまりにも倒錯した理論であり、さらに付け加えれば、特異な解釈理論のように考えられると述べたが、「劇薬づけ」の政府規制になりかねないことである。

### 3 五〇年判決と四七年判決の奇妙な関係

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、その距離制限を違憲とした最高裁大法廷の判決である。

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っ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）がそれぞれ自体としては全く同一であっても、その目的が違うだけで、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ろう<sup>(43)</sup>」と述べている。

このような結論は、競争政策の見地からも極めて重要な問題である。法律の目的を変更するだけで、憲法判断が正反対に変わることは異様なことである。物価安定政策会議の「薬局等の適正配置規制」に対する提言は、五〇年判決とは異なる理論である。五〇年判決は、薬事法を積極的規制として規定すれば、「距離制限」も合憲という判断が推測される。それに対して、物価安定政策会議の提言は、「〔距離制限といった競争制限的規制は「筆者注」〕、効率的な事業者の参入を阻害することによって既設の非効率な薬局を温存し、……維持する結果となっている。……この際、配置規制は撤廃すべきである<sup>(4)</sup>」という理論である。この提言は、競争制限的な配置規制を廃止して競争を促進すべきであるという理論であり、五〇年判決の消極的規制だから配置規制は違憲という判例理論とは大きな違いである。

#### 4 安全性確保のための原動力は「競争圧力」

経済的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はずなのに、その規制に緩やかな「明白の原則」を採用し、競争が軽視されている。しかし、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ことは明白である。経済学者の伊藤教授の述べるように、「規制が緩和された世界では、むしろ、会社の評判……が重要になり、安全性を無視するという戦術が長期的には損である」ということは明白である。すぐに、競争相手に顧客が流れる、そのため料金低下を余儀なくされるなど、市場メカニズムによる懲罰・罰金（ペナルティー）が課せられるのである<sup>(45)</sup>。競争制限的な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。また、原田教授も、「青果店や鮮魚店が腐っ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>(46)</sup>と述べている。

五〇年判決と三〇年判決(公衆浴場事件判決(最大判昭和三〇(一九五五)・一・二六刑集九卷一号八九頁)とを比較すれば、五〇年判決は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」ところは、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<sup>(47)</sup>として、違憲としたからであろう。しかし、その原動力は競争圧力なのである。ミルトン・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、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、……以て、一般消費者の利益を確保する<sup>(48)</sup>(一条)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になるとともに、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。「事故が起こつてからでは失われた人命はかえつてこない」ということは、質的規制の必要性を正当化することになつても、競争を否定する意見にはなりえない。競争を促進することと質的規制を課すことは両立するし、競争を抑制すれば安全が確保されるわけではない<sup>(49)</sup>。それゆえ、筆者には、五〇年判決が競争の意義を十分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>(49)</sup>」という指摘である。しかし、考えてみれば、競争軽視の「明白の

原則」が判例理論の基本になっている限り、「競争重視」は相容れない関係であり、ある意味では当然の結果なのである。そうだとすれば、目的二分論の難点はさらに拡大する。判例理論は、積極的規制には競争軽視の「明白の原則」を採用しながら、消極的規制は「必要最小限度の原則」である。そうすると、「安全性の確保」や「危険の防止」という消費者の利益確保は、どのような理論によって保障されるのか、ということである。安全性の確保や危険の防止は競争圧力だと述べてきたが、その競争を軽視しながらでは、何にその根拠を求められるのか疑問である。最初に述べたように、「明白の原則」を前提にして解釈理論を進める限り、その難点は基本であるから、他の解釈にも波及し反映するのは必至であると述べたが、その波及・反映の一つである。それゆえ、「明白の原則」を前提としながら、「消極的規制は必要最小限度」という理論だけが独り歩きすることは、極めて危険な理論といわざるを得ないことである。

また、多くの制度や政策には消極的規制と積極的規制の両面を備えている場合が少なくない。五〇年判決についても、立法の真の狙いは競争業者の新規参入から既存業者の保護であるという指摘もあり、被上告人も同様の主張である。目的二分論に関連しても、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れることは、実際上困難を伴うであろうという指摘があり、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「併有」の場合には、厳しい方の審査基準を選ぶべきであるとする学説や、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となっている。しかし、この場合、積極的規制には「明白の原則」が採用されることになるが、その結果は、「明白の原則」を採用して合憲とする公算が大であり、人権保障のために有効に機能するものとは考えられないことである<sup>50)</sup>。しかし、「市場の失敗」の視点からみれば、規制目的の併有がある場合でも、そのうちで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<sup>(51)</sup>のであり、競争はこの場合でも重視されているのである。

- (24) 奥野・前掲注(17) 三頁。
- (25) 馬川・前掲注(5) 四二頁以下。
- (26) 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)。
- (27) 阪本・前掲注(19) 二四一頁。
- (28) 奥野・前掲注(17) 九頁。
- (29) 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)。
- (30) 奥野・前掲注(17) 七頁。
- (31) 奥野・前掲注(17) 二〇頁。
- (32) 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。また、林田教授は、「正義や分配問題を考慮するときには、すくなくとも効率性がその前提をなさなければならぬのである。正義あるいは公平は効率性を考慮することなしには判断できないのであるから、正義を考慮すべしという立場においても効率性は避けられない課題である」と述べている。林田清明『法と経済学』二五三頁(信山社、一九九七)。
- (33) 三輪・前掲注(3) 二四頁。
- (34) 松井・前掲注(23) 九三頁。
- (35) 阪本昌成『憲法2——基本権クラシック(全訂第三版)』二二六頁(有信堂、二〇〇八)。また、八代教授は、競争政策をめぐる将来の展望のなかで、「明らかに(競争政策)に反したことが別の目的で行われているときに、それはほかの省庁がやっていることだから、やむを得ないというのがこれまでの考え方だったようです。将来のあるべき姿とし

ては、それをチェックしていく必要がある。……それを見逃していったら、各省庁が、これは自分の省の政策の目的のためにやむを得ないと言って、政府が介入することによって本来違法なカルテル等が正当化されていくわけです。それは競争政策の形骸化につながる」と指摘している。座談会「競争政策における法と経済の現状と展望」における八代尚宏教授の発言。公取七一六号一四頁（二〇一〇）。

(36) 川本・前掲注(18) 一〇〇頁。同様の指摘として、滝川敏明「産業規制と競争政策」公取三一六号二八頁（一九七七）参照。

(37) 覚道豊治「判評」民商七四卷二号一二六頁（一九七六）。小さな政府が理想とされた一九世紀夜警国家観のもとでも認められた規制である。そもそも経済的自由のなかにはじめから内在する限界という意味で、「内在的制約」という人も少なくない。

(38) 松井・前掲注(23) 九七頁。また、阪本教授も、「自由主義者であれば、積極目的にでる市場参入規制は、警察規制よりも自由侵害的でありうる点に気づくであろう」と指摘される。阪本・前掲注(19) 一三五頁。

(39) 今村成和「人権叢説」一八〇頁（有斐閣、一九八〇）。

(40) 荊部信喜「憲法訴訟の現代的展開」二八五頁（有斐閣、一九八五）。

(41) 奥野・前掲注(17) 二〇頁。

(42) 川本・前掲注(18) 八二頁。

(43) 棟居快行「人権論の新構成」二二三頁注2（信山社、一九九二）。

(44) 経済企画庁物価政策課編『最近における物価安定政策（最新版）』六〇八頁（大蔵省印刷局、一九七八）。

(45) 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）。

(46) 原田泰『経済学の冒険』一一九頁（日本経済新聞社、一九九四）。

- (47) ミルトン・フリードマン(監修・西山千秋)『政府からの自由』一〇四頁(中央公論社、一九八四)。  
 (48) 中条潮『規制破壊』一四七頁(東洋経済新報社、一九九五)。  
 (49) 宮崎良夫「判評」憲法判例百選Ⅰ(第一版)一一五頁(一九八〇)。  
 (50) 馬川千里「営業の自由」と政府規制——特石法事件を中心に——駿河台一三巻一号一七八頁以下(一九九九)。  
 また、市吉繁夫「判評」西南二三巻四号一七六頁(一九九二)。  
 (51) 三輪・前掲注(3)二六頁。

### 三 酒税法判決にみる財政目的の規制

#### 1 「酒税の確保」と「販売の免許制」

平成四(一九九二)年の酒類販売免許制事件判決(最三小判平成四・一二・一五民集四六巻九号二八二九頁。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、「その必要性和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、これを憲法二二条一項の規定に違反するものということはできない」として、合憲の判決を下した。

酒類販売の免許制(酒販免許制)についての合憲性に関する最高裁判官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、この判決をめぐる多くの疑問が提示され、<sup>(52)</sup>しかも、判決には園部逸夫裁判官の補足意見および坂上寿夫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、<sup>(53)</sup>その結論は変わらないが、「市場の失敗」からの構築の試みである。

目的二分論の「明白の原則」を前提にして解釈論を進める限り、その重大な難点は関連する解釈にも波及し反映するのは必至であると述べたが、「酒税の確保」という財政政策を目的とする参入規制についても、同様のことが考えられる。

財政政策を目的とする参入規制を積極目的による規制とみるか、消極目的による規制とみるか、それとは異なる「第三の目的」類型による規制とみるかは、目的二分論の「明白の原則」を前提として論を進める限り、重要な問題と考えられる。それに対して、「市場の失敗」からの考察では、詳細は後述するが、特にその点を重視すべき問題とは考えられないという認識のもとに、それには深入りしないことを、最初にお断りする。

酒類については、その製造から販売まで免許制が採用され、しかも厳しい運用が行われてきた。その理由としていわれるのが、「酒税の確保は重要」という大義名分である。国税庁の説明も、「酒類の販売業者は、酒類が製造場から移出されて一般消費者の手に渡るまでの流通過程の部門を担当しており、いわば酒税の中間徴税機関ともいえる地位にあるため、その濫立を防止して取引の混乱を防ぎ、酒税の徴収について不安のないようにする必要が<sup>(54)</sup>ある」と述べている。次に、そのような理由をいくつかに分けて検討することから進める。<sup>(55)</sup>

第一は、酒税は国税収入に占める割合が多く、極めて重要であるからというのが理由の一つである。しかし、そのような理由であれば、現在では酒税の重要性は低下している。もし、税の確保が酒類の販売免許に合理性を与えているのであれば、国税総収入に占める割合に径庭のない揮発油税や物品税の対象となる商品の販売も免許制にしなければならない。しかし、それでは、「公正な自由競争という理念は、一掃される<sup>(56)</sup>」ことである。

第二は、税の徴収は国家にとって重要であり、そのためには、税金を支払う者が健全でなければならない。免許制を緩めて過当競争になり潰れる小売店ができれば、結局、メーカーが困る。そのためには過当競争を排除すべく、

競争制限的な免許制を採用せざるを得ない、というものである。しかし、そのような過当競争論も、ほとんど全ての業種について言えることであり、酒類販売業にのみ特有な問題ではなく、そのような理由に対する批判も当然である。

第三は、酒類の販売競争が激化すれば、酒類問屋の掛売金の回収が滞り、結局、製造業者からの酒税徴収も困難になるといえるものである。それには、次の二点を強調しておきたい。一つは、競争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。非効率企業の温存となるような競争制限的規制こそ、酒税の徴収にとってもマイナスのはずである。もう一つは、酒類の卸や小売の免許制が、メーカーからの税の徴収の確保に不可欠なものとはいえないことである。酒類に限らず競争社会においては、事業者の自己責任の原則に委ねられている。酒類販売の免許制があっても、代金が確実に回収できるといふ保障はない。代金回収の遅れや貸し倒れは、競争社会においては回避することが不可能に近い。競争社会において、競争制限的規制を最初から当てにしたような理論こそ本末転倒である。

以上のように、その他の租税との関係での販売免許制の採否との整合的説明もつかないという種々の疑問が出されるのである。ここで特筆すべきは、坂上裁判官の反対意見である。その内容は、「憲法二二条一項の職業選択の自由を制約してまで酒類販売業の免許（許可）制を維持することが必要であるとも、合理的であるとも思われない。そして、職業選択の自由を尊重して酒類販売業の免許（許可）制を廃することが、酒類製造業、酒類消費者のいずれに対しても、取引先選択の機会の拡大にみちを開くものであり、特に、意欲的な新規参入者が酒類販売に加わることによって、酒類消費者が享受し得る利便、経済的利益は甚だ大きいものであるように思いを致すと、酒類販売業を免許（許可）制にしていることの弊害は看過できないものであるといわねばならない。……私は、酒税法九

条は、憲法二二条一項に違背するものと考える」という内容である。

坂上裁判官のこの反対意見こそ、昭和四五（一九七〇）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（一九八八）年の新行革審の提言とも符合する内容であり、競争重視の裁判官の考え方として注目すべきであろう。<sup>(58)</sup> 競争制限的な政府規制の認められる場合というのは、繰り返し述べれば、「市場の失敗」という限定された場合でなければならない。酒類の製造や販売についても、市場そのものに競争的になる傾向が内在する場合には、参入規制は競争制限的な役割を果すことになり、効率性を害し消費者の利益を損なうことであり、「政府の失敗」である。鈴木教授も、酒販免許制を存置することの必要性・合理性は「基本的に“ない”という指摘である。<sup>(59)</sup>

昭和二八（一九五三）年に現行の酒税法が制定され、さらに同年、酒税保全法（正式には「酒税の保全及び酒類業組合等に関する法律」という）が成立した。その内容は、「酒税の保全」を錦の御旗とする保護政策である。昭和二八年は独占禁止法が大幅に改正され、弱体化の年である。国民の競争政策に対する理解の稀薄さと関係して、酒類に対する驚くほどの手厚い保護が行われてきたのである。憲法の番人であるはずの最高裁判所ですら、結果として立法・行政の消費者不在の状態を追認しているといわざるを得ないのである。平松教授も、「所管省庁が、業界を保護すると同時に、それらに種々の規制をおよぼし、そうすることによって業界をその省庁の外郭団体化することに利用していることである<sup>(60)</sup>」と述べている。当時の大蔵省や国税当局から酒類販売業者への天下りがいわれたが、天下りの構造も参入障壁を維持していた一つの要因である。<sup>(61)</sup>

このように多くの批判と無関係ではない酒類販売の免許制も、最高裁は合憲の解釈であるが、その判例理論である。

## 2 「課税」問題と「営業規制」の峻別

酒税法一条は、「酒類には、この法律により、酒税を課する」と規定する。酒税法の内容は、酒税を誰から徴収するかという問題であったり、酒税の額をどう決めるか等々の問題である。坂上裁判官も反対意見の中で、「酒税の賦課、徴収について直接かわりがあるのは第一章の規定であって、酒類の製造や酒類販売業を免許制にしている第二章の各規定は、主として酒税の確保に万全を期するための制度的な支えを手当てしたものと解される」と述べている。

酒税法の規定する酒税の賦課、徴収のような内容である限りでは、酒税の徴収それ自体は税の徴収が国の財政上必要であり、憲法も納税の義務を国民に課しているのであるから（憲法三〇条参照）、その限りでは憲法二二条の「公共の福祉」との関係を詮索する必要のない問題である。藤井教授も、「『課税』それ自体は、消極規制でも積極規制でもなく、さらにいえば、そもそも通常の国民の自由に対する『規制』とは異なる概念と考えた方がよい」と述べている。したがって、酒税を徴収することが酒税法上はもちろん憲法上も許されているからといって、酒税に関連する一連の規制がすべて自由と解するのは早計であろう。たとえば、酒税の徴収が許されるからといって、酒類販売の免許制（参入規制）が許されるわけではない。それが許されるか否かの問題は、経済的自由を保障している憲法二二条の問題である。藤井教授も、税に関する立法府の裁量権と営業規制に関する立法府の裁量権という二つの立法裁量に注目しながら、「本来、税に関する裁量権というのは『どのような税をかけるべきか』ということに関するものである。したがって、さらに、例えば所得税をかける場合に不平等があつてよいか（一四条違反）、……また、酒税をかけるために酒類販売業を免許制にすることが許されるか（二二条違反）などという問題においては、それぞれ異なる憲法問題が含まれているのであるから、かりにこれらの事例に対して緩やかな審査基準を適

用するとしても、そのためには、税に関する裁量論とはもう一つ別の意味での、人権規制立法法の違憲審査基準に関する『裁量論』がそれぞれに展開された上で、緩やかな審査基準の採用が根拠づけられなければならないはずである<sup>(63)</sup>と述べている。そして、判決については、「この両者を区別して論じていない」という批判である。また、戸波教授も、「酒類販売業への参入制限というかたちで職業選択の自由を制限している場合まで、租税法という理由で広い立法裁量を認めることは不当である<sup>(65)</sup>」という批判である。

### 3 酒販免許制をめぐる違憲審査基準の考察

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、下級審判決においては、その判断基準は一樣ではなかった。たとえば、①財政目的を積極目的に位置づけるもの、②財政目的は積極目的も消極目的も含むと位置づけるもの、③積極目的を否認するもの、④目的の積極・消極には言及せずに結論を出すもの、などに分かれていた<sup>(66)</sup>。しかし、いずれも合憲判断で終始していたことである。そうすると問題は、どのような基準で判断するかの問題である。

酒税法判決を機にいわれるようになったことは、積極目的とも消極目的とも分類できない規制に対して、いかなる審査基準を適用すべきかという指摘である<sup>(67)</sup>。園部裁判官の補足意見は、「私は、財政目的による規制は、いわゆる警察的・消極的規制ともその性格を異にする面があり、また、いわゆる社会政策・経済政策的な積極的規制とも異なると考える」と述べている。

財政政策を目的とする規制は、積極的規制とは異なるという考えに立てば、「積極的規制」↓「明白の原則」という図式とは異なる審査基準が考えられることになる。前田教授は酒税法判決について、「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」と述べている。<sup>(68)</sup>さらに、小尾検事も、「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したものと考えられる」という指摘<sup>(69)</sup>である。そして、これらの指摘から伺えることは、酒税法判決は「第三の目的」類型による規制を明らかにしたものであり、また、審査基準については「明白」の言葉を省いた、「著しく不合理なものでない限り」という新しい基準を述べたものと考えられるのが無理の少ない理解であろうと考える。しかし、だからといって、そのような理解が人権保障の見地からも正当化されるということの意味するものではない。むしろ、「明白の原則」を前提にして解釈を進める結果、その難点が波及し反映したものと考えたい。

#### 4 財政政策を目的とする規制の展開

##### (1) 財政目的と違憲論の考察

目的二分論の「明白の原則」を前提にしながら、憲法二二条の「営業の自由」を保障しようとする、その解釈は財政政策を目的とする参入規制が積極的規制か否かの問題として捉えることになる。そして、酒税の確保という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」とは異なるとして、「明白の原則」の適用を排して違憲と解することであろう。しかし、そのような解釈には、次のような難点が生ずる。

その一つは、仮に、そのような理由によって違憲としてみても、疑問視すべき「明白の原則」そのものの解釈は確固不動であり、それは五〇年判決の場合と共通した難点として残ることである。その二つは、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規制の場合は正反対の違憲ということでは、整合性に欠ける解釈である。なぜならば、四七年判決の「積極的規制」↓「二重の基準論」↓「明白の原則」という図式は、政府の競争制限的規制の重視や尊重を前提にしていると考えられる。そうだとすれば、財政政策を目的とする政府規制だからといって、それを特に悪く解釈する根拠も薄弱である。なお、この場合の審査基準について、今村教授の異なる立場からの違憲論が展開されている。今村説については、憲法一三条を根拠とする「必要最小限度の原則」として、節を改めて後述する。

(2) 財政目的と合憲論の考察

次は、酒税法判決のように、財政政策を目的とする競争制限的規制も合憲と解する場合である。

その場合の難点の第一は、人権としての経済的自由の保障は一層薄弱となり、酒税法判決に対して多くの批判が提示される理由である。その第二は、合憲と解釈する根拠が曖昧である。酒税法判決は、目的二分論の「明白の原則」の影響を受けたものと考えるが、積極・消極の区別をすることなく、「明白の原則」とは多少異なる「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>(70)</sup>しかも、それによって解釈理論が明確になるとも思えない。むしろ、酒税法判決は、四七年判決の「明白の原則」と極めて類似した内容であり、競争軽視の立場からのものであることも共通している。<sup>(71)</sup>

(3) 「明白の原則」からの転換

以上のように考察してみると、財政政策を目的とする競争制限的規制は、それを違憲と解釈するにしても、合憲と解釈するにしても、「明白の原則」を前提にする限り、一層曖昧な理論となるように思われることである。その

原因こそ、目的二分論の「明白の原則」にあるとすれば、必要なことは重大な難点のある「明白の原則」からの転換であり、「競争の重視」と「市場の失敗」からの構築であると考ええる。

- (52) 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」駿河台七巻一号注37・63参照(一九九三)。また、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参照(一九九六)。
- (53) 馬川・前掲注(52)七五頁。
- (54) 国税庁酒税課長監修『やさしい酒税』三七頁(大蔵省財務協会、一九九二)。
- (55) 詳細は、馬川・前掲注(52)七五頁以下。また、春日寛「参入障壁——酒類販売免許制——に関する一考察」法律実務研究五号(一九九〇)参照。
- (56) 山内一夫「営業許可制(一)」曹時三二巻六号八頁(一九七九)。
- (57) 馬川・前掲注(52)八六頁。
- (58) 亀田弁護士は、「反対意見を述べた坂上裁判官には一様に熱い眼差しを送っているのが印象的である」と述べている。亀田・前掲注(52)一〇九頁。
- (59) 鈴木深雪「判評」ジュリ一〇八号九八頁(一九九七)。
- (60) 平松毅「経済的自由」大須賀明編『現代法講義 憲法』二二三頁(三省堂、一九八三)。
- (61) 春日・前掲注(55)三〇七頁。
- (62) 藤井俊夫「経済規制と違憲審査」一三五頁(成文堂、一九九六)。
- (63) 藤井・前掲注(62)二頁。
- (64) 藤井・前掲注(62)一三四頁。
- (65) 戸波・前掲注(6)三一頁。

- (66) 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二二三頁以下（一九九三）。
- (67) 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）。
- (68) 前田徹生「判評」憲法判例百選Ⅰ（第五版）二二一頁（二〇〇七）。
- (69) 小尾仁「判評」ひろば四六巻五号六四頁（一九九三）。
- (70) 長谷部恭男「判評」法協一一一巻九号一四二四頁（一九九四）。
- (71) 目的二分論を前提にして考えれば、「第三の目的」類型ということになるが、筆者には、目的二分論を変更する実益のある判例理論とは思われない。むしろ、重大な難点のある「明白の原則」を前提にすることにより生じた結果と考えたい。

#### 四 憲法二三条の「必要最小限度の原則」の展開

##### 1 問題の所在

酒税の確保という財政政策を目的とする参入規制は、積極的規制とは異なるといった考え方にたつて酒税法判決の合憲性を批判する今村説は、筆者が前述した「財政目的の違憲論」として述べた内容とも異なる解釈理論である。<sup>(72)</sup> また、酒税法判決に対する評釈でも、最高裁の合憲判決には反対の立場が有力であったが、それらの反対意見は今村説と同一の解釈理論なのかという問題にもなる。さらに付け加えれば、筆者のこれまでの研究でも見落としていた論点であるが、その究明は判例理論を発展させるためにも有益であると考える。それで、憲法の「公共の福祉」論とも関連して複雑かつ難解な問題が少なくないが、その一つ一つを取り上げて論ずる余裕も能力もないので、次

では、「競争の重視」と「市場の失敗」の視点からの素描だけでも果すことが出来ればということから、筆者の思うところを述べることにする。

## 2 今村説と憲法一三条の展開

今村説は、「判例理論は、営業の自由に対する規制を、社会・経済政策目的の積極的規制と警察目的の消極的規制とに分け、違憲審査基準を、前者については『明白の原則』、後者については『必要最小限度の原則』によるべきものとしているが、被告と判旨は、当然のこのように、本件の場合を前者に当たるものと解しているのに対し、原告は、右二つの場合のいずれにも当たらないのだから、本件のような営業の自由の規制は許されないのだと主張している。しかし、租税政策あるいは財政政策と社会・経済政策とは明らかに別個のものであるから、前者のように解するのは誤りであるが、さればと<sup>(73)</sup>いって、これらの判例を楯にとつて、原告のように、営業の自由を規制する場合を限定的に解することにも理由がない」と述べ、「<sup>(73)</sup>税収確保のためにどのような措置をとるか、具体的に明らかとなつている目的達成のための手段の選択の問題なのだから、憲法一三条に規定する人権保障の基本原則に立脚し、必要最小限度の原則を適用するのに、何ら妨げとなるものではない」として、「このように見て来るなら、<sup>(74)</sup>現行の酒類販売業免許制は、この場合の違憲審査基準たる必要最小限度の原則に照らせば、違憲の疑いが濃厚である」という結論となつている。

今村説は酒税法判決について、「明白の原則」のように解するのは誤りであるとしたが、「さればと<sup>(75)</sup>いって、……原告のように、営業の自由を規制しうる場合を限定的に解することにも理由がない」という指摘である。その意味するところは、積極的規制や消極的規制とは区別される目的類型（ここでは「財政政策」を目的とする規制）につ

いては、「明白の原則」の適用が排除されるのだから、「営業の自由」の制限も許されないと解釈するのではなく、憲法一三条に規定する人権保障の基本原則に立脚し、「必要最小限度の原則」を適用して判断すべきだといふのである。それゆえ、酒税法判決を契機としていわれるようになった「第三の目的」類型による規制基準とも似て異なるものである。

酒税法判決でいわれるようになった「第三の目的」類型による規制は、競争軽視の「明白の原則」に手加減を加えたもので、「明白」の文言を削除して、「著しく不合理なものでない限り」憲法二二条に違反するものではないという解釈理論である。だから、その解釈は、「明白の原則」ないしはこれに極めて近い基準による合憲の判断なのである。<sup>(76)</sup> それに対して、今村説は憲法一三条を根拠とする「必要最小限度の原則」の適用ということであり、競争重視の立場にたつものとして、「明白の原則」とは調和の図りにくい「油と水の関係」である。その結果はどうであろうか。積極的規制であれば、「明白の原則」の適用により合憲と解される場合が少なくないのに対し、競争重視の立場にたつ「必要最小限度の原則」の適用によることになれば、「参入規制」としては同一の内容であっても、規制目的が異なるだけで正反対という奇妙な関係になることである。このような奇妙な関係は、四七年判決と五〇年判決の比較においても指摘してきたところであるが、その原因こそ、積極的規制に重大な難点のある競争軽視の「明白の原則」を適用するという解釈が前提となっているからなのである。

### 3 憲法一三条と「二つの区別」の考察

次は、今村説は目的二分論なのか、それを変更する理論なのかという問題である。今村説を整理すれば、①積極的規制には「明白の原則」を適用する、②安全性の確保などの消極的規制には「必要最小限度の原則」を適用する、

③財政政策を目的とする規制には、憲法一三条を根拠とする「必要最小限度の原則」を適用する、といった三つの内容が考えられる。そうすると問題は、②と③に共通している必要最小限度の内容は、同一なのか区別すべき内容なのかということである。

今村説は、この二つの内容を区別して、「前者（内在的制約＝消極的規制）は、憲法の価値体系において、保護に値しない反社会的行為を指すものと解している。……従って、内在的制約により人権保障の対象外とされる行為は、何よりも行為自体の反社会性を特色とし、（それに対して）それ自体としては非難に値しないが『公共の福祉』のために制約される行為とは、はっきり区別し得るし、しなければならぬが、この区別は、必ずしも明確に認識されているとはいえないようである」と述べている。<sup>(77)</sup> 重要な問題なので、もう少し詳しく述べることにする。

消極的規制（内在的規制）は、国民の生命・健康・安全を守り、あるいは社会に対する害悪の発生の防止を目的とするための制約であり、これらの反社会的行為に対する規制は当然と考えられる性格のものである。しかし、それに対する規制が必要最小限度の規制なのは、消費者主権の保障のもとでは、消費者の選択の自由を介して、より良い商品が供給されることになるといった性格のものである。前述したところでもあるが、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。それゆえ、市場における「競争の重視」が必要不可欠であり、同時に、消費者主権のもとでは、政府規制は「必要最小限度」といわれるのである。このような両者の関連において「必要最小限度」が理解されなければならない。そうでないと、「消極目的規制とは国民の生命・安全のための規制なのだから、積極目的規制より立法裁量を広く認める方が素直ではなからうか」という指摘は当然なのである。<sup>(78)</sup>

それに対して、憲法一三条の「公共の福祉」による規制は、今村説では、「社会生活が複雑多様化するにつれ、このような調整機能の発揮は、ますます必要になって来る。現代における行政需要の増大は、その表れにほかなら

ないもので、……この意味で、『公共の福祉』と内在的制約とは区別すべきことは前述した<sup>(79)</sup>と、その違いを強調している。そうすると、憲法二三条の「公共の福祉」による制約は、積極国家・福祉国家の理想による種々の必要性から政府の介入は拡大するが、そのような政府の介入と関連していわれる規制であり、すでに述べたところでもある。しかし、重要な指摘であるから、今村説との関連において付け加えれば、市場経済の理論は、種々の必要性から政府の介入は拡大するが、それだけに市場経済に対して政府の競争制限的規制を避け、政府の介入は市場経済を侵食しないことが、政府規制の原則とならなければならないということであり、政府の介入が必要になるからといって、「市場の失敗」とは無関係な競争制限的な政府規制は、認めるべきではないということなのである。目的は手段を正当化するものではないように、政府が掲げる目的が有益なものであるときこそ、一層注意すべきことを教えてくれるのである。さらに、以前からも問題となっていた内容にも触れておきたい。

目的二分論の「積極的目的」の規制については、「明白の原則」が適用されるといふ解釈と関連して、積極的目的の内容を狭い範囲に限定して、「社会権の実現ないし経済的・社会的弱者の保護という観点からの制約としてとらえるべきで（ある）」<sup>(80)</sup>といった考え方がいわれてきた。そうすると、それから派生する問題は、積極的目的の内容を狭く解することになれば、「明白の原則」の適用される対象を限定することになるが、反面、積極的目的からはみ出すことになる政府規制は、どのような違憲審査基準によることなのかの問題に逢着することになる。しかし、その点については、今村説の指摘のように、「明確に認識されているとはいえない」ように思われるが、次のように違憲審査基準を整理することが可能であろう。その内容は、①積極的目的の範囲からはみ出すものであるから、「明白の原則」の適用を排し、同時に、「営業の自由」の制限も許さない、②積極的目的の範囲をはみ出すものであるが、「明白の原則」に準じた（酒税法判決のような）解釈を採用する、③積極的目的の範囲をはみ出すも

制は、憲法二三条を根拠とする「必要最小限度の原則」を適用して判断する、という三つである。結局、今村説で考察してきたと同じ三つの内容に帰着し、その問題の解決は、憲法一三条の「公共の福祉」と関係する「必要最小限度の原則」と、憲法二二条の「公共の福祉」と関連していわれる「明白の原則」との関係はどう捉えるかであると考ええる。

#### 4 憲法一三条と二二条の「公共の福祉」論

筆者は酒税の徴収を目的とする「参入規制」は、憲法二二条の「営業の自由」の制限の典型的な事例ではないかと考えるが、今村説は、その違憲審査基準を二二条によるのではなく、一三条を根拠とするという解釈を示したが、そのような変則的と思われる解釈と関連しての疑問である。本稿の最初でも述べたように、重大な難点のある積極的規制の「明白の原則」を前提にして解釈論を展開する限り、その難点は他の関連する解釈にも波及し反映するのは必至であると述べたが、今村説にも、その一部が現われるように思われることであり、その考察である。

憲法二二条は、「何人も、公共の福祉に反しない限り、……職業選択の自由を有する」と規定している。繰り返しになるが、八田教授は二二条について、「公共の福祉に反しない限り、市場に介入することを禁じている」と解釈できます。『公共の福祉に反しない限り』とは、『市場の失敗がない限り』を意味すると考えることは自然なので、憲法は、国に対して、市場の失敗がないかぎり市場への不介入を……求めていると考えられます<sup>(8)</sup>という指摘となり、筆者もその立場を支持してきた。そうすると、二二条の解釈に積極的規制については「明白の原則」のような、「著しく不合理であることの明白である場合に限って違憲とする」という解釈理論を採用することが疑問視されるのは当然であり、重大な難点と指摘してきたところである。

次に憲法一三条であるが、その内容は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定している。この内容は、権利行使を調整する国家権限に対する憲法的制約を示すもので、人権の最大の尊重に基づいていると考えられる。そうだとすれば、一三条の「公共の福祉」と二二条の「公共の福祉」について、基本的に大きな違いがあるような解釈は、人権尊重の見地からは合理性を欠くものであり、法解釈としても整合性を欠くものであろう。今村説も、「二二条にいう『公共の福祉』は、一三条の場合と全く同様に解すべきものと考えている<sup>(82)</sup>」と述べている。そのような理解にたてば、二二条の「公共の福祉」に基づく規制に、積極的規制には「明白の原則」という競争軽視の考え方を採用し、一三条については「必要最小限度の原則」という競争重視の考え方を採用することは、調和しない。油と水の関係”となることである。そして、結果的には目的二分論の崩壊であり、①積極的規制、②消極的規制、③一三条を根拠とする「必要最小限度」の規制という「三分法」を認めざるを得ないことになる。それに対して、一三条と二二条の「公共の福祉」について、この二つを基本的には同様の内容と解することになれば、競争を重視する「必要最小限度」あるいは「市場の失敗」に統合することが可能であらう。そうすれば、目的二分論の「二分法」自体の変更は必要ないし、油と水の関係”も解消されて、競争重視の考え方となることである。しかし、そのためには、「明白の原則」からの一大転換が必要であり、それは「競争の重視」であり、「市場の失敗」からの考察でなければならぬ<sup>(83)</sup>。今村説は、「明白の原則」を前提にしたままで、一三条の「公共の福祉」論を述べているので、油と水の関係”が曖昧のままに残されたように思われることを特に指摘しておきたい。

## 5 「必要最小限度」と「市場の失敗」の比較

「必要最小限度」あるいは「市場の失敗」のどちらかに統合することが可能であると述べてきたことと関連して、この二つの用語について触れておきたい。判例の目的二分論をめぐっては二分法に批判的な見解も少なくないように思われるが、それには深入りしないで、筆者の考えを述べるにとどめる。

憲法一三条の「公共の福祉」は、国民の生命・健康・安全を守り、あるいは社会に対する害悪の発生の防止を目的とするための「消極的規制」を明らかにしたものと解されている。その「害悪」の発生を防止するために「必要最小限度」がいわゆるのは、経済的自由について述べれば、消費者主権のもとでは（それは当然に、市場における競争が活発に行われ、消費者の選択の自由が保障されていることが前提である）、競争によってより良い商品や、より安全な製品が供給されることになるという市場経済の理論に基づいている。安全や良質な商品を生み出す原動力は「競争圧力」であり、そのためには政府の介入は競争を制限すべきではないといわれ、規制は必要最小限度といわれる理由である。近年の規制緩和論でも、社会的規制（＝消極的規制）については、「自己責任原則に基づく必要最小限度の規制にとどめるべき」といわれるのである。それゆえ、消極的規制（＝内在的規制）のためには「必要最小限度の原則」は用語としても適切と考えられる。

それに対して、今村説でいわれる一三条を根拠とする「必要最小限度」は、内在的制約とははっきり区別しなければならぬと強調されているところの内容である。今村説は、その必要最小限度について、「抽象的な観念であるから、このままでは、名目的化する危険も多分にある」と述べている。<sup>(84)</sup> そうすると、この規制は消極的規制のよう障害を除去するのに必要な最小限度ではなく、むしろ「公共の福祉」のために政府が積極的に介入すべき内容であり、そうだとすれば、必要最小限度にとどまらなければならない理由はないであろう。<sup>(85)</sup> 「必要最小限度」とい

う用語では、必要な積極的な政府介入であつても、「必要最小限度」を口実に中途半端な介入に終わることが危惧されるのである。それゆえ、内容を正しく伝えるための適切な用語としては、経済学の分野で使われている「市場の失敗」の用語の方が、経済的自由の制限には誤解が少なくて済むのではないかと考える。

(72) 「財政目的の違憲論」として前提にしたのは、目的二分論の消極・積極のいずれにも該当しない場合は、「営業の自由」に対する競争制限的な規制は許されないとする解釈であり、今村説が批判している原告とほぼ同一の理論である。

(73) 今村成和『人権論考』一九六頁（有斐閣、一九九四）。

(74) 今村・前掲注（73）一九七頁。

(75) 今村・前掲注（73）二〇〇頁。同様に、棟居教授も、更に考察を要する問題としながらも、「必要最小限度の基準に より手段違憲であると解する」と述べている。棟居・前掲注（43）一三八頁注2。

(76) 鈴木・前掲注（59）九七頁。それゆえ、「明白の原則」と区別して「第三の目的」類型とすることに意義があるのか、筆者には疑問である。

(77) 今村・前掲注（39）二四〇五頁。

(78) 松井茂記『日本国憲法（第3版）』五七六頁（有斐閣、二〇〇七）。

(79) 今村・前掲注（39）二八頁。

(80) 浦部法穂『憲法学教室「全訂第2版」』八二頁（日本評論社、二〇〇九）。

(81) 八田・前掲注（4）一五頁注9。

(82) 今村・前掲注（39）二九頁。

(83) 松本氏も、「経済的自由権に関しては、基本的には目的の正当性・規制の必要最小限度性を問うべきであつて、『明

「白性」などの基準によるべきではない」と指摘される。松本・前掲注(2) 八六九頁。

(84) 今村・前掲注(39) 四二頁。

(85) 浦部教授も、積極的規制に関しては、「そうである以上、この目的のために経済的自由に対して加えられる制限が、必要最小限度にとどまらなければならないとする理由はないであろう」と指摘される。浦部・前掲注(80) 九五頁。

## 五 「競争重視」への一大転換——結びにかえて——

### 1 判例理論に欠けている「手段の重視」

憲法二二条の「公共の福祉」に関連していわれてきた判例に対する批判は、目的だけが強調されて、そのための手段が軽視されてきたことについてである。酒税法判決についても、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」と指摘している。また、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<sup>87</sup>、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」と述べている。さらに、市川教授は、「人權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、つまり、言われている目的による規制が本当に必要かどうか、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・手段はないか、といったことについては、全く検討されていない<sup>(88)</sup>という指摘である。

このような指摘こそ、「目的と手段」の問題提起である。そして、「目的と手段」を合理的に把握しようとすれば、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も当然である。しかし、緻密な解釈理論を展開する憲法学者にしては、経済学的アプローチを極力避けているように思われる節があるが、筆者には不思議という他はない。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』……といったのは、アメリカの連邦最高裁長官を務めたルイス・ブランドeis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が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<sup>(89)</sup>」と述べている。また、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』<sup>(90)</sup>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<sup>(91)</sup>」と述べている。さらに、八田教授の具体的な指摘を加えれば、憲法二二条の制限について、「公共の福祉に反しない限り、市場に介入することを禁じている、と解釈できます。『公共の福祉に反しない限り』とは、『市場の失敗がないかぎり』を意味すると考えることは自然なので、市場の失敗がないかぎり市場への不介入を……求めていると考えられます<sup>(92)</sup>」という内容である。

このように見てくると、経済的自由の制限で重視すべきことは、積極目的、消極目的あるいは財政目的といった「目的類型」ではなく、むしろ規制の内容が「競争制限的規制」であるか否かである。それに対して、目的二分論

では、規制の「目的類型」が重視されているから、その「目的」が変わるごとに司法審査基準の問題が生ずる。酒税法判決をめぐって、「第三の目的」類型がいわれることになったが、このような状況を前田教授は、「二分論にとどまらない『多元論』である<sup>(92)</sup>」という指摘となっている。そして、目的類型の多様化にもなつて、憲法二二条の「公共の福祉」による制限の問題は、人権論よりも「裁判所の機能論」の重視という異質の問題に取り替えられることであり、人権保障の一層の後退である。

## 2 人権論より「裁判所の機能論」の重視

四七年判決は「積極的規制」↓「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見ると人権としての経済的自由の尊重や重視のための説示ではなく、それとは次元の異なる「裁判所の機能論」をいつているに過ぎない。酒税法判決をみても、四七年判決とほぼ同様の理論であり、「租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないというべきである」としている。そして、「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、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、これを憲法二二条一項の規定に違反するものということはできない」とした。結局、酒税法判決も四七年判決と同様に、人権としての経済的自由の尊重や重視のための説示ではなく、裁判所の機能論を述べているにすぎない。長谷部教授は、このような裁判所の機能論について、「専門技術的な判断が必要とされるのは、租税法規に限られず、その他の経済活動の規制についても同様であろう<sup>(93)</sup>」と指摘している。このよう

な裁判所の機能論重視の解釈が通用することになれば、人権としての経済的自由の保障は有名無実である。藤井教授も、「ここでの根底にある根拠づけは、裁判所の機能論（つきつめれば、裁判所の自制論）であり、これは四七年判決と同じものなのである。しかし、このような根拠づけをとる場合には、違憲審査が際限なく緩やかなものとなる危険がある<sup>(94)</sup>」という指摘となる。このような批判を受ける判例理論によって、経済的自由という人権が制限されるのでは、ご都合主義の極みである。その原因こそ、競争を重視すべき市場経済において、正反対の「競争の軽視」に基礎をおく「明白の原則」が判例理論の基本となっているからに他ならない。

### 3 目的二分論と規制改革の「二分法」の比較

目的二分論については、積極目的と消極目的のどちらにも入らない目的類型の規制をどうするかの問題に発展するのは当然である。それに対して、目的二分論と似て非なる規制改革の「二分法」では、「第三の目的」類型の規制がいられていないことである。

規制改革の経済的規制（＝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。この内容は、競争制限的規制は原則として認めるべきではないということである。そして、競争制限的規制が認められるのは例外的な場合であり、換言すれば「市場の失敗」の場合である。この規制改革の二分法は、目的二分論のように目的による区別ではなく、競争制限的規制の重視であるから、特定の規制が「経済的」であるか「社会的」であるかは重要なことではないように、<sup>(95)</sup>「社会経済政策的規制」か「財政目的による規制」であるかは重要なことではないので、それが決定的な違いである。

それに対して、目的二分論の「明白の原則」は、「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」である。そうすると、この場合に重要なことは、「積極的目的」にはどのような内容が含まれるかということである。しかし、極めて重要な問題であるにもかかわらず、その内容が明確にされてきたとはいえないのであり、<sup>(96)</sup>それでは恣意的な解釈になるのは当然である。四七年判決でも、「経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策」といった施策に限定されるのか（狭義説）、それにとどまらず広く、「国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図る」にまで及ぶのかで（広義説）、積極的政策の内容も大きく違ってくる。それにも拘らず、その内容に「明白の原則」が適用されるのでは、結果はきわめて広範囲にわたって曖昧な経済的自由の制限となることである。

規制改革の二分法でも、経済的規制について述べているが、その内容は、それほど具体的でも明確でもない。中条教授は、「経済的規制と社会的規制の区分は必ずしも明確ではない。ここでは単なる説明の便宜上の区分ぐらゐに考えておいていただきたい<sup>(97)</sup>」という指摘である。しかし、それでも大きな支障は生じていない。それは、経済的規制については競争制限的な介入を認めないのが原則であり、それが認められるのは例外としてであって、それは「市場の失敗」の場合だからであり、それによって問題は解決されやすいからである。それに対して、漠然とした規制目的を示し、その違憲審査基準も「明白の原則」という極めて緩やかな基準が示されることになれば、結果は極めて広範囲にわたる経済的自由の制限となることも当然なのである。阪本教授は、「日本が規制過剰の国家となつてしまったのは、<sup>(98)</sup>“積極目的規制は社会的正義のためだ”、“福祉国家のためだ”と多くの社会科学者が誤信したからだ」と指摘されているが、あまりにも倒錯している「明白の原則」が形成されていたからでもある。

## 4 福祉国家目的と「規制手段」の峻別

現代においては、福祉国家としての国家のなすべきことは少なくないが、その場合でも競争制限的規制は採るべきではないというのが市場経済の理論である。競争制限的規制は問題の解決にならないばかりか、「保護」は保護を呼び、「統制」は統制を呼び、救済の必要性を一層増大させるだけである。しかも、現行の保護政策が非効率であればあるほど、従って政策の変更が必要であればあるほど、皮肉なことは被規制者による政策の変更を阻止するインセンティブが働くことである。<sup>(99)</sup>それは規制を行う官庁と規制で利益を受ける既存業者の既得権があるからであり、消費者の利益確保を無視した二者構造で捉えられているからである。大竹教授の指摘されるように、「国民一般に市場競争のメリットが理解されていないから、行政も政治も、市場競争をうまく利用するという発想に欠けてしまうのである」<sup>(100)</sup>。

規制改革の成否のカギは、改革によって市場競争が実現するか否かにかかっている。判例理論に触れば、それは、あまりにも倒錯している「明白の原則」の再構築でなければならない。競争を制限するカルテルは「消費者の敵」である。だから、カルテルは経済犯罪として罰せられることになる（八九条参照）。競争制限的な政府規制は、それ以上に「消費者の敵」となる可能性が少なくない。そうだとすれば、競争制限的規制を安易に認めることになる判例理論も例外ではないのである。<sup>(101)</sup>競争重視が万能だとは考えないが、競争重視からの洞察は将来の憲法学を豊かにするものと考ええる。

(86) 釜田泰介「判評」法教九二号一〇五頁（一九八八）。

(87) 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）。

- (88) 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』一七〇頁以下(日本経済新聞社、二〇〇〇)。
- (89) 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)。なお、この問題に関連して、早稲田大学グローバルCOE《企業法制と法創造》総合研究所の発行されている『季刊 企業と法創造』通巻二二号(二〇一〇)は、「憲法と経済秩序」を特集しているが、その中で、中島教授は、「憲法学における従来の通念からすると、日本国憲法は経済秩序についてほとんど何も語っておらず、その具体的な内容は政策判断に委ねられていると考えられてきたからです。その結果、『日本国憲法が想定する経済秩序はいかなるものか』という問題に取り組む憲法研究者は、これまで皆無に近い状況でした」と述べていることである。中島徹「憲法特集号の刊行にあたって」五頁。
- (90) 三輪・前掲注(3)二四頁。
- (91) 八田・前掲注(4)一五頁注9。
- (92) 前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準と最高裁判所」栗城寿夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力(上巻)』六三七頁(信山社、二〇〇三)。
- (93) 長谷部・前掲注(70)一四二五頁。
- (94) 藤井・前掲注(62)一三五〜六頁。
- (95) 三輪・前掲注(3)二四頁。
- (96) 松井教授も、「積極目的と言われるものが具体的に何なのか、学説の定義は一向に明確ではない」と述べている。松井茂記『二重の基準論』二八九頁(有斐閣、一九九四頁)。松本氏も、「積極目的概念の内容についての意見の一致がない点にも目的二分論の問題の一端がある」と指摘する。松本・前掲注(2)八五二頁。また、阪本教授も、「最高裁のいう『積極目的』の内容は、一貫性のない目的を羅列したものとなっている」と述べている。阪本・前掲注(19)二三

四頁。

(97) 中条・前掲注(48) 一四二頁。

(98) 阪本・前掲注(35) 二一六頁。

(99) 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)。

(100) 大竹・前掲注(17) 七一頁。

(101) たとえば、借家法の「正当事由条項」は、「日本の借家人を『ウサギ小屋借家』に六〇年間も閉じこめてきた」という批判になっている。八田達夫『定期借家権』はなぜ必要か』ジュリ一二四号五八頁(一九九七)。また、養蚕農家に対する競争制限的な保護政策は、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。馬川・前掲注(5) 四九頁。そして、政府規制の緩和がいわゆるようになったのも、政府の誤った市場介入が物価上昇をもたらしているからなのである。