

人格・財産・市場と法：M. J. Radin理論の一考察

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 土田, 和博 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008828

人格・財産・市場と法

—M. J. Radin 理論の一考察—

土田 和博

はじめに

一九九五年一二月七日、行政改革委員会規制緩和と小委員会は、同年三月に政府が公表した「規制緩和推進計画」の見直しに関する報告書⁽¹⁾をとりまとめ、一層の規制緩和と市場競争の導入を提言した。小委員会のある委員の発言として伝えられるところによると、同委員会は、アメリカのレーガン政権、イギリスのサッチャー政権が既に行った新自由主義・新保守主義的規制緩和政策を現在、実行しつつあるのだ⁽²⁾という。

しかし、新自由主義・シカゴ学派の理論あるいは「法と経済学」の理論には、売手と買手が存在する限り、あらゆるモノを商品として取引対象として良いとする「市場帝国主義」、制度や行為の規範的評価を社会的総余剰の増減にかからしめる功利主義、総和主義という方法的、哲学的問題が伏在することを指摘しておかねばならぬであろう。筆者も別稿において新自由主義・シカゴ学派の反トラスト法理論について、やや異なる視点からであるが、簡単な検討を行った⁽³⁾。

新自由主義的競争理論を批判すること自体が重要な理論的営為であることは疑いないが、それと並んで必要と

されるのは、こうした理論に対していかなる対抗理論を打ち出すことが可能かということである。これは極めて困難な課題であり、容易に解答が見出せる問題ではないが、本稿は、このような意味における対抗理論を模索し、手掛かりを得るための作業の一つとして、Margaret J. Radin 教授の理論を検討することとしたい。以下に述べるところから明らかかなように、Radin の理論は、広い意味で J. Rawls 教授によって口火を切られた現代的正義をめぐる一連の議論の一角を占めるものであり、右のような課題に関して何らかの示唆が得られるのではないかと考えられるからである。

現在までのところ、Radin の理論は、相互に関連性を有する「市場不可譲性理論 (Market-Inalienability Theory)」と「財産の人格理論 (Personality Theory of Property)」から成り立っており、この両者を概観した上で、これに対する批判を紹介し、あわせて Radin 理論の経済法を含むわが国法学理論についての意義と課題を整理してみたいと思う。⁽⁴⁾

I Radin 理論

Radin の理論は、市場不可譲性理論と財産の人格理論から成り立っていると述べたが、ここでは、経済法とより直接的関係をもつと思われる前者を中心に述べ、後者については前者に関連して必要な限りで触れるにとどめることとしたい。

さて、Radin の市場不可譲性理論の位置づけは、自らが示す二つのイデオロタイプである全面的商品化 (universal commodification) と全面的非商品化 (universal noncommodification) との対比において最もよく理解

され得よう。⁽⁵⁾ 売手と買手が存在する限り、ありとあらゆるモノを商品として取引してよいとするのが全面的商品化であり、これに最も近接する理論が「法と経済学」あるいはいわゆる反トラス法におけるシカゴ学派であることはいうまでもないが、他方、あらゆるモノの私的所有を廃し、商品化の止揚をめざすのが全面的非商品化であつて、マルクス主義理論がこれに最も近い。⁽⁶⁾ この中間に、商品化（市場）領域と非商品化（非市場）領域の共存を認める多元主義（pluralism）が存在する。多元主義論者にとって決定的に重要な問題は、妥当な、あるいは許容しうる市場領域（逆に言えば非市場領域）をいかに構想するかである。⁽⁷⁾ Radinは、自らの立場を漸進的多元主義（evolutionary pluralism）と称し、非商品化の方向に向かつて、現実世界をプラグマティックに見据えつつ、不完全な商品化も含めて市場不可譲性の側面を拡大するという戦略を示している。注意を要するのは、Radinは市場領域と非市場領域を「カベ」によって分け、後者を前者から隔離しようとするわけではないということである。Radinは、むしろ、このような戦略が純粹に自由な市場取引が行われる巨大な領域を容認することになるとして批判的である。⁽⁸⁾ 非商品化社会への途は、私的な相互活動（private interaction）という非市場領域を市場領域から隔離することではなく、住居、仕事、食料、環境、教育、通信、健康、身体的完全性、性、家族生活、政治生活において最も容易に見出すことができる非市場的側面を市場領域の中に見据えることから始まるという。⁽⁹⁾ 以下では、市場不可譲性理論の内容に立ち入ってみることにしよう。

(1) まず、Radinのいう「市場不可譲性（market-inalienability）」という概念について、相互に関連する次の二点の説明が必要であろう。第一に、不可譲性の前提となる分離（alienation）の概念に関してである。分離なる観念は、人（保有者）から資格（entitlement）、権利、属性（attribute）等が分れることであるが、Radinは、これを、移転と消滅、自発と非自発の組合せによって自発的移転（贈与、売買）、自発的消滅（権利放棄）、非自発的

移転（公用収用、時効取得）および非自発的消滅（市民権剝奪）に分類し、このうち自発的移転の否定（禁止または制限）を中心に考察を進めるのである。⁽¹⁰⁾

第二に、Radin は市場不可譲性を「地位不可譲性(status-inalienability)」「コミュニティ不可譲性(community-inalienability)」「社会的禁止による不可譲性(prohibition-inalienability)」とならんで、物、サービス、権利等の自由な譲渡が禁止または制限される一形態と把握している。⁽¹¹⁾ それぞれの例として、地位不可譲性については社会保障給付の受給資格の不可譲性が、コミュニティ不可譲性については選挙投票権の不可譲性が、また社会的禁止の不可譲性については麻薬の製造、販売の禁止があげられる。これに対して、市場不可譲性の例として Radin があげるのは、人のアイデンティティに関わる住居、労働などの自由な取引に対する制限である。これら様々の種類の不可譲性は、不可譲とされる対象や根拠が異なるだけでなく、不可譲性の内容も異なる。例えば投票権の譲渡は、有償譲渡だけでなく無償譲渡も禁止されるが、養子縁組（子供）や臓器の譲渡は有償譲渡のみが禁止されるに止まる。⁽¹²⁾

ここでは公共選択理論 (Public Choice Theory) がしばしば市場レトリックにおいて取り上げる投票権売買の問題は考察の対象から除かれており、また売手と買手が存在する限り、あらゆるモノ（例えば赤ん坊⁽¹³⁾）を市場取引の対象として良いという極端な主張を行うシカゴ学派にとっての例外的な不可譲性（外部コスト）とも異なっていることを確認しておきたい。

(2) それでは、右のような意味における市場不可譲性の根拠は、一体、何に求められ、その正当化方法とはいかなるものであるのだろうか。Radin は、まず、市場不可譲性の根拠を「人格性(Personhood)」ないし「人間的繁栄 (human flourishing)」に求める。⁽¹⁴⁾ ただし、ここでいう「人格」は、先行する哲学的伝統やイデオロギーに

捕らわれていない点に注意しなければならない。すなわち、人格の三側面としての自由、アイデンティティ、情況 (context) について、Radin は、個人が四囲の情況から切り離されて存立する主体ではなく、むしろ社会的および物理的なコンテキストとの相互関係 (人と物、コミュニティおよび環境) の中においてのみ自由でありうるとし、また人の内部・主観と外部・客観の区別を排して、人の政治的見解、仕事、宗教、家族、愛情、性、友情、利他主義、経験、英知、道徳的コミットメント、性格および身体的属性を自我構成的 (self-constructive) なものと捉える。従って、これらを人から分離し、金銭化することはできないし、自我構成的な物、権利、属性等は自由な取引の許される財ではないのであって、そのための制約は消極的自由に対するパターンリスティックな制限ではなく、むしろ積極的自由の擁護と評価されるのである。

次に、右のような意味における人格に基づく市場不可譲性のありうべき正当化方法について、Radin は、①強制の予防、②道徳的理由に基づく禁止、③ドミノ理論をあげ、それぞれを検討する。⁽¹⁵⁾ ①は、人が自己のアイデンティティに関わる属性、権利、所有物などを市場において取引しようとする場合、それが自己の置かれた社会的、経済的情況によって強制されたものではないかという疑問が生じうる。例えば、臓器や角膜の売買の申込が貧困によって強いられたものではないかという疑いである。しかし、一般に潜在的売手が真に強制されたか、利他主義 (altruism) に動機づけられたかを精査することは困難であるから、こうした売買を一律に禁止すること、すなわち市場不可譲性が正当化されるという立論である。これに関して、Radin は後述する「二重の拘束」問題と関連して、こうした理由で自己のアイデンティティに関わるものの売買を一律に禁止することは、社会の富と権力の根本的な再分配なしには、かえって潜在的売手の社会的、経済的窮状を固定化し、人格の侵害、墮落をもたらすことになるであろうという(③を参照)。また②は、例えば利他主義という道徳的な理由に基づいて、献血が持

つ自己犠牲において他者の利益を図ろうという献身を売血が抑制するから血液の商品化の禁止が支持されるというものである。しかし、Radinによれば利他主義の機会のために、非市場領域が必要であるという議論は、あまりにも一般的すぎる。例えば、古着・古本の贈与、盲人への代読、実験や統計において被験者となること、身体障害者を投票所へ車で運ぶこと等は、非市場的領域に止まらねばならない必然性があるか、疑問であるという。さらに③は、自我構成的なある一部のものの商品化が同じものあるいは他の自我構成的なものの商品化につながり、ひいては市場の全面化を結果することになるから、こうしたドミノ効果を防止するために市場不可讓性が必要であるという正当化方法である。例えば子の養子縁組だけでなく「売買」をも容認すると、養子縁組においても子が市場価格によって計算され、子供の人格を著しく傷つけるから、子供の「売買」は禁止されるべきだという。こうした論議にRadinは理解を示しつつ、例えば住宅や労働は市場価格を持つけれども、人々はそれに非金銭的な仕方であらう愛着を持つことができることから明らかのように、ドミノ理論もケース・バイ・ケースで評価すべきであるという。あるものが非商品形態にあることが我々にどれほど重要であるか、市場取引の容認がドミノ効果を生み、非商品形態としての存立を不可能とする危険性がどの程度あるかを検討しなければならぬ、と。

(3) 右のような議論は、一見、極めて抽象的な觀念論に墮するという印象を与えかねないが、しかし、Radin理論にみられる一つの特徴は、単なる觀念的理念論に終始することなく、むしろプラグマティズムを加味してとりうる最善の選択肢を追求しようとする点にある。市場不可讓性の内容ないし形態、正当化の可能性も、現実の非理念的世界の視点からも検討することが必要である、という。⁽¹⁶⁾ すなわち、我々が住む現実の世界は無知、欲望、暴力、貧困、人種差別、性差別等に満ち溢れた非理念的の世界である。従って、強制的予防のために自我構成的なものの市場取引を認めないことは、貧困と抑圧にあえぐ売手から食料を購入する金を入手し、より人間的な生活

につながるかもしれない機会を奪うことになりかねない。現実世界においては、売買の禁止がむしろ非道徳的でありえ、あるいはドミノ効果の危険を冒しても売買を許容せざるを得ないことがありうる。こうした文脈で Radin がしばしば言及するのが「二重の拘束 (double bind)」という問題である。例えば性の商品化は女性の人格を汚し、抑圧的な地位に貶めるかもしれないが、しかし、商品化の禁止は、彼女が性の売手となるより悪いと信じる経済的、社会的状態に止まるよう強いることを意味する場合がある。Radin によれば、このようなジレンマを緩和する一つの方法が「不完全な商品化 (incomplete commodification)」——部分的市場不可譲性——である。不完全な商品化とは、Radin によれば、ある売買の対象たるモノが人の人格性と密接な関係を有する場合、そのモノは純粹に自由な商品としての性格を持ち得ないことをいうとされるが、要するに、贈与のみならず、売買をも許容しつつ、同時に市場に参加しうる取引主体や取引の内容・条件等に制約が課されることを意味する（性の不完全な商品化について、より具体的には(5)を参照）。別の例としてあげられるのは、労働と住宅である。労働は貨幣と交換に提供されるものであるが、しかし、仕事は人の生き甲斐でもあって金銭的評価以上のものでありうる。また住宅も市場価格を持つけれども、同時に住居は生活の基盤としての私的な領域でもある。労働規制は、団体交渉や最低賃金の保障、労働時間制限、健康安全要件、失業保険、退職金、若年労働制限、差別禁止などを内容とし、家屋賃貸借規制は、家賃統制、一定の居住性の保障、解約制限、差別禁止などを内容としているが、こうした規制が不完全な商品性を維持しているものであり、またこれらは、労働者や家屋賃貸借人の人格性を考慮して、仕事と住居の非市場的価値を認識し、これを維持促進しようという努力とみななければならぬ、という。

(4) 要するに、Radin の市場不可譲性理論の中核的主張は、①市場不可譲性が人格にとって重大な意義を有するものの非商品化に基づくこと、②理論の世界では、市場は必ずしも廃止されないとはいえ、市場不可譲性は

人格に重要なものをすべて保護しうること、③しかし、我々が生きている現実の世界では、市場不可譲性は非対称的な力関係という背景において判断されねばならないこと、④現実の世界では、不完全な商品化の方が全く商品化しない場合より良い結果をもたらす場合が時に存在すること、⑤市場不可譲性は、理論的には人間的繁栄の観点から正当化されうるが、現実の環境では時には正当化し得ない場合があることである。⁽¹⁷⁾

(5) 以上の理論を具体的問題に適用すると、どのようになるか。Radinは売買春、嬰兒売買および代理母を例に分析を示す。⁽¹⁸⁾ まず売買春について、Radinは次のように述べる。現在、既に性は事実上、商品化されており、売春を刑罰をもって禁止したとしても、前述した二重の拘束の故に貧しい女性の人格を傷つけるだけであるから、この場合には不完全な商品化を許すべきである。しかし、部分的とはいえ市場譲渡性を容認する以上、ドミノ効果懸念されなくはないが、性の部分的商品化が非商品的性の営みを不可能または困難にするわけでもない。ただし、性のオープンマーケット化は貨幣価値で女性を評価する潜在的な危険を孕む。結局、この問題は、男女が対等な関係を有するより良き世界への進歩を排除することなく、不完全な商品化をいかに形成するかということに帰着する。具体的には、貧しい女性の墮落を防ぎ、ブラックマーケットの危険を避けるために刑罰を科すことは廃止し、同時に性の組織的な市場を作り出す資本主義的企業、中間搾取、女性のリクルートメントおよび広告などを禁止すべきである、という。

しかし、嬰兒売買に関しては市場不可譲性が支持されるという(具体的には、全面的禁止)。なぜなら、嬰兒売買は親の妊娠・分娩能力を商品化するだけでなく、嬰兒そのものを商品として扱う—性別、目の色、予想される知能指数、背の高さ等によって価格が決まる—ことになるからである。市場レトリックの非人間性に加えて嬰兒自身が選択できないことも考えあわせると、二重の拘束の問題があるとしても市場不可譲性が正当化される、と

する。さらに代理母制度については、妊娠させる能力を有する男性と妊娠能力のない女性が別の女性にその男性の精子で妊娠させ、発育・出産するというケースを前提として、全面的禁止と不完全な商品化（対価関係を伴う代理母制度を一定の制限の下に容認する）を排して、対価を伴う代理母制度を禁止し、伴わないものは許容するという内容の市場不可譲性によって律すべきだという。それは、代理母となる女性の人種、身体的特徴、知性、運動能力等の属性によって代理母サービスの価格が決定するという意味で女性の生殖能力を商品化するのみならず、子供自身を商品化する危険性があり、また共同生活の中から親子関係の絆が生み出される養子制度があるにも拘わらず、男性の遺伝子を受け継いだ子が必要だというのは支配的な性イデオロギーに捕らわれたものであるからだという。

（6）以上が市場不可譲性理論の大まかな内容とその適用例であるが、最初に市場不可譲性理論の位置づけを行った際、Radinは非市場領域を市場領域から防壁で隔離するのではなく、市場領域の中に流れる非市場的側面を見据えることから出発することが重要であるとして、より具体的には住居、仕事、食料、環境、教育、通信、健康、身体的完全性、性、家族生活、政治生活に最も容易に非市場的側面が見られるとした。こうした非市場的側面を構成する一つの要素と考えられるのが、Radinのいわゆる「私的財産 (Personal property) 関係」である。先に、Radin理論は市場不可譲性理論と財産の人格理論から構成されると述べたが、ここで簡単に後者に触れておくことが必要であろう。

Radinによれば、人と物との関係は、次のような二つの財産関係を両極とする連続体の上に位置づけられるという。⁽¹⁹⁾一つは私的財産関係、すなわち人格と密接に結合すると社会的・客観的に判断される財産関係（その意味で人格構成的財産関係とも呼んでいる）であり、他は代替可能財産 (fungible property) 関係、つまり貨幣との

交換以外に意味を持たないと考えられる財産関係である。⁽²⁰⁾ 例えば、結婚指輪が愛情を抱き合う夫婦によって所有されている場合、それは夫婦の人格と深く結びついており、夫婦と指輪の関係は私的財産関係である。しかし、宝石商によって所有され、その店頭に並んでいる結婚指輪は貨幣との交換を目的として所有されているもので、それは代替可能財産関係である。⁽²¹⁾ 住宅についても同様のことがいえる。

重要なことは、私的財産関係の極に近い財産関係が、代替可能財産関係の極に近い財産関係よりも権利・利益を享受する資格 (entitlement) において強いと考えるべきであり、また現に裁判所や立法府は非明示的ではあるが、そうしつとあるという指摘である。⁽²²⁾ いわば、エンタイトルメントの階層構造がみられるのである (より人格に密接に結合した財産関係であればあるほど、エンタイトルメントは強い)。それ故、ある財産権が私的財産関係に基づくものであること (例えば家屋の賃借権) は、代替可能財産関係に基づく財産権 (家主の所有権) や政府による公用収用 (いかなる補償があつても) から保護を受けることができるとの一応有利な証拠 (prima facie evidence) となる、⁽²³⁾ という。

要するに、市場領域における非市場的側面を構成する私的財産関係 (人格構成的財産関係) の尊重は、それを保護する政府規制の根拠となり得るだけでなく、暗黙のうちに裁判所による法解釈の指針となり、あるいは立法府による立法行為の原理となっているのだというのである。

II Radin 理論に対する批判とわが国法学理論についての含意

以上のような Radin の理論に対して様々な批判があり得よう。例えば、市場不可譲性の原則によって規律され

るべきモノをどのように具体的に特定するか、あるいはいかに商品化が人格性を侵害するかについて、もつと理論的精緻化が必要であつて、このままでは実用に耐えないといった批判⁽²⁴⁾を向けることはたやすい。しかし、ここではRadin理論の方向性や政治性ないしイデオロギー性それ自体に対する批判が、市場により一層の信頼をおく立場と逆に非商品化をもつとラディカルに進めるべきだとする立場から行われているので、それを見、最後にRadin理論がわが国法学理論にとってどのような意味を持ちうるのか、あるいはどんな課題を提起していると考えられるかを整理しておこう。

(1) 市場をRadinよりも信奉する理論家、例えばLaneは市場批判者のターゲットが効率性、分配的不正義、人格の侵害、生活の質への影響等であるとした上で、このうちの一つを変えることは、同時に他にも影響を及ぼすことを認識すべきだ⁽²⁵⁾という。効率性、特に生産上の効率性は分配的正義に関連性を持つから、生産上の効率性を減ずることは、同時に分配的正義にも重大な影響を及ぼすし、また効率性は人格と生活の質にも関連するから、効率性を減ずることは貧困の解消を遅らせ、自己の発達や文化的豊かさの享受を阻害する。さらに、貨幣の分配を変化させることは、悪くすると人間のイニシアティブや企業家的冒険心を麻痺させるから、分配的正義も効率性に影響を及ぼす。このように、他の価値・目的への影響を考慮しないで、一つの価値・目的のみを追求することは他の価値・目的を危うくするのみならず、システムの相互関連性の故に、追求しようとした価値・目的の実現をも不可能とするという。それ故、例えば家賃統制は、それが家主が住宅を賃貸する可能性に対する影響を考慮せず、専ら賃借人の権利を保護しようとするものであるが、その結果、借家供給の可能性を減少させ、むしろ賃借人の不利益を結果するものであつて、支持し得ない⁽²⁶⁾という。

Laneが指摘する今一つの問題点は、Radinを含めて市場批判者が批判の基準となるどのようなモデルを持つ

ているかが不明だという点とかかわる。Laneは、市場批判者が持っていると思われるモデルを次のように描く。理念的または歴史的経済システムと比較して、(1)物質主義、個人的利己主義、競争主義、交換志向性、道具主義的思考方法、一元的(価値意識的)評価および市場経験の欲望増大的性格が、(2)経験と市場文化から学習され、(3)地位、力、富を報酬とし、(4)成功の条件として子孫に伝えられ、(5)市場によって律せられる生活領域を統御すると同時に、より大きな非市場的生活領域にも浸透し、(6)そこにおける人々の行動に影響し、(7)人格の社会的に機能する特色として内面化される⁽²⁷⁾。以上のようなモデルと捉えた上で、Laneは物質的・経済的価値観が人間関係を支配するようになるとか、他人を自分の富を増やすための道具とみる等の市場批判者の見方が、合衆国において行われた価値観、幸福観に関する統計調査の結果等と合致しないという。またLaneは、逆に(旧)ソ連、東欧社会主義諸国あるいは中華人民共和国のような集権的経済を指令する集中化した権力が人格侵害の可能性がないのかを問うている⁽²⁸⁾。

(2) 他方、よりラディカルな立場からの批判として、Schnablyは、Radinの理論が現代の多くの法理論に共通する特徴、すなわち合意への本能と抗争の回避を示しているとして、次のように批判する⁽²⁹⁾。Radinは家庭が安定的な環境の中で自己形成を可能にする場であり、人と住居の関係は人格と密接に結合した私的財産関係であって、この点に関する社会的合意を基礎として裁判所は法を解釈し、実施しているというが、家庭の社会的現実にはRadinが観念的に整理したような単純に祝福できる存在であるとは限らない。Radinの議論の前提となっている家庭に対する見方は、核家族が居住する郊外の住宅には当てはまっても、シングルマザー、同性愛者の家庭には当てはまらず、あるいは家庭内暴力の横行もRadinの理論的な想定とは異なるものであるであろう。現代の家庭は、健全な生活の拠点であるとともに、支配と抵抗、抗争と不一致の場でもあるのだ。Radinの見方は郊外の住宅をホー

ムレスピープルから隔離し、差別を助長することにしかならない⁽³⁰⁾。このように、Radinのいう合意とは、社会的な力の不平等を反映しているにすぎない。彼女の理論は社会的な力が人々に様々な形で行使されている現実を是正するというより、その認識を妨げ、注意をそらせる傾向を持たざるを得ない。総じて、その理論は現状肯定的、合意志向的で変革的な社会理論たりえていない、と。⁽³¹⁾

(3) 右でみたのは、Radin理論に対する左右両派からの外在的な批判である。本稿では議論の対質を詳細に行うことよりも、Radin理論のわが国の法学理論にとつてもつ意義、あるいはRadin理論が経済法学をはじめ、わが国法学理論に投げかける課題とは何かを整理することの方が重要と思われるから、これを行うことをもって、結びにかえたい。

Radin理論のうち、市場不可譲性理論が、従来行われてきた交換禁止財とは何か、あるいは交換が禁止される理由・根拠は何かについての論議に一石を投ずるものとなつていくことは確かである。例えば、生命、身体の一部(臓器、角膜、血液など)、性、愛情、信仰、投票権を含む参政権、労働、代理母サービス、公害排出権などの自由な売買が禁止される(あるいは禁止されるべき)理由は、あるいはこれらの財が市場とは異なつた秩序次元に属するものだという道徳的確信が介在しているか、これらの財が市場取引を継続するための主体としての存立可能性そのものにかかわっているか、人格的生の展開のための必須の手段であるからであるとし、あるいはより端的に、命の再生産そのもの、人格の存立―承認の根幹にかかわる事柄であるからとされてきた。⁽³²⁾ Radinは市場不可譲性の根拠を人格の尊厳とコミュニティの維持、発展に求めるが、彼女の理論的独自性は、むしろ従来必ずしも十分に検討されてこなかった、自由な売買を禁止する理念・目的を達成するための方法に焦点をあわせたことにあり、そのためには交換の禁止ではなく、むしろ不完全な商品化や「贈与」(無償譲渡)のみの許容が妥当す

る場合があると主張する点が注目し値するといふべきであろう（市場不可讓性）。

また、科学技術の驚異的な進歩に伴って、いかなる物と役務が新たな市場取引の対象となしうるかは、主として民法学の課題に属するといえようが、Radinのいう市場領域における非市場的側面の発見、あるいはそれを保護するための市場不可讓性の内容・形態、正当化に関する議論は、経済法学にとって規制根拠や規制方法など、政府規制の在り方をめぐる論議に示唆を与えるだけでなく、通常、自由市場に属すると考えられるものにおいても人格の尊厳とコミュニティの維持という理念から自由な取引が制限される場合がありうることを示しており、これを原理とした独占禁止法解釈の可能性が問題となろう。

さらに、財産の人格理論については、Radinのいう「私的財産と代替可能財産」の区別と類似する我が国の議論としては「独占財産と個人財産」、「生産財産と消費財産」、「独占財産と生存財産」、「資本的財産と生存権的財産」等の財産区分があり、また「私的財産権」に類似する財産権概念としては「生存権的財産権」、「生業権」、「通信権」、「交通権」等がある。⁽³⁴⁾ いずれも憲法上の基本的人権として保障されるか否か、制度保障にすぎない財産権との優劣が少なくとも一つの理論的焦点となっていたと考えられるが、これら日本の財産権論とRadin理論との概念構成上、理論目的上の異同等を検討することも課題としてありうるように思われる。

- (1) 行政改革委員会規制緩和委員会「光り輝く国をめざして」（平成七年一月七日）。
- (2) 朝日新聞、一九九五年一月八日。
- (3) 拙稿「アメリカ反トラスト法と新自由主義・シカゴ学派」、『宮坂富之助教授還暦記念論文集 国家・経済・

法の現代理論(仮題)』(近刊予定)。また、拙稿「An Essay on Antitrust Theories in America」法経論集六七・八号一一―二頁および注三七も参照。

(4) Margaret Jane Radin は、現在、スタンフォード大学法律大学院の教授であり、財産法(property law)の専攻者である。なお、Radin 理論については、既に、森平明彦「自主的主体と経済規制法―基礎理論に関する序説的研究―」作新経営論集二号一―三頁以下(一九九三年)で触れられているので、併せて参照されたい。

(5) Radin, Market-Inalienability, 100 Harv. L. Rev. 1849 (1987). (以下、本論文を「MI」と略称し、引用頁または注のみを掲げる。)

(6) 全面的商品化(特にR・ポズナー)と全面的非商品化(特にK・マルクス)のそれぞれの理論に関する検討については、see, Radin, MI, 1859-87.

(7) MI, at 1858.

(8) Radin, Justice and the Market Domain, in MARKETS AND JUSTICE 165-7 (J. W. Chapman & J. R. Pennock ed., 1989. NOMOSXXXI). Radin がしばしば批判の対象となっているのは Michael Walzer の議論である。Walzer は「正義が複合的な平等 (complex equality) にあるとし、市場領域における力が他の領域(教育、自由時間、安全、名誉、公職、政治力など)に横溢することを防止しようとして、「貨幣と商品の領域を適切に囲い込む」必要性は認めるが、「商人の成功、富の独占は単純な平等には反するが、これを達成しようとするれば売買を禁止するしかないから、富の集積それ自体は非難に値しない」という (MI, Walzer, SPHERES OF JUSTICE 120-1, 110-2 (1983).)。

- (9) Radin, *supra* note 8, at 178-9. これと同様の方向がある倫理学者によっても打ち出されている。「この商品化の力を一元的に統御し、市場に代替する配分機構を構築しようとする夢見ることは、もはや不可能である。そうした集権的・一元的な統御は、仮に無限の情報処理能力を仮定しても、別種の、より抑圧的な力による支配をもたらさざるをえまい。…問題は、市場の運動をコミュニカティブに馴化していくこと、…つまり均衡価格すなわちフェアで能事足りとするのでなく、非市場的なコミュニケーションをつうじて、商品化の限界を設定し、価格形成の規範的な枠づけの方途を探り、非市場的分配の回路を新たに探ることである。」(大庭健「共生と排除の装置としての市場」、日本法哲学会編『市場の法哲学』三五頁(一九九五年))
- また、同「共生の強制、もしくは寛容と市場と所有」現代思想二二巻五号一三八頁以下(一九九四年)も参照。

(10) MI, 1852, n. 12.

(11) MI, at 1852-5.

(12) Radin, *supra* note 8, at 166.

(13) R. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 149-54 (4th ed. 1992).

(14) MI, at 1903-6. なお、本文のすぐ後に述べる人格の三側面に関する論述にはカント的自律的人格など伝統的イデオロギーではなく、共同体主義(communitarianism)やバーリン流の積極的自由・消極的自由論の影響が看取される。こうした傾向、特に共同体主義の影響を感じさせるのが、MIより後に発表された前掲注8論文である。同論文においてRadinは、「人格性とコミュニティ(personhood and community)」という表現をしばしば用い、人々の連帯と相互関係が人間の繁栄という概念に中核的であると述べていると

- ころから、市場不可譲性の根拠を「人格への敬意とコミュニティの維持、促進」(Radin, *supra* note 8, at 187)とした方が現在の考え方に近いのかもしれない。
- (15) Radin, *supra* note 8, at 168-75; MI, at 1909-14. 両論文における二つの正当化方法に関する検討は、その設例や内容が若干異なっているが、ここでは主に前者の論文に依った。
- (16) MI, at 1915.
- (17) MI, at 1903.
- (18) MI, at 1921-36.
- (19) M. J. Radin, REINTERPRETING PROPERTY 53 (1993).
- (20) *Id.* at 2-3.
- (21) *Id.* at 37. なお、回書16頁も参照。
- (22) *Id.* at 53, 17-8.
- (23) *Id.* at 71.
- (24) 例として Sunstein, Disrupting Voluntary Transactions, in J. W. Chapman & J. R. Pennock ed., *supra* note 8, at 297-8.
- (25) Lane, Market Choice and Human Choice, in J. W. Chapman & J. R. Pennock ed., *supra* note 8, at 226-8.
- (26) *Id.* at 246.
- (27) *Id.* at 223.

- (28) Id. at 233-9.
- (29) Schnably, Property and Pragmatism: A Critique of Radin's Theory of Property and Personhood, 45 Stan. L. Rev. 347, 352 (1993).
- (30) Id. at 366-7.
- (31) Id. at 374-5, 380-2.
- (32) 長谷川晃「公正な市場」の法」、日本法哲学会編『市場の法哲学』一三頁（一九九五年）。
- (33) 大庭健「共生と排除の装置としての市場」、日本法哲学会編、前掲書三四―五頁。
- (34) これらの財産権区分に関しては、本間重紀「日本的独占と法律学の課題」、『法の科学』二二号一七―二四頁（一九九三年）参照。

* 静岡大学法経短期大学の廃止に伴い、法経論集は本号をもって廃刊となる。最終号に寄稿すること自体を優先せざるをえなかった関係で、内容的に熟成しないまま、本稿を発表するの已むなきに至った。特に日本の法学理論と関連づけて論ずべき最後の部分は、課題の提示にとどまっております、その点でもまさに冷汗三斗以外の何もでもない。Radin 理論の進展があればこれを追加・修正することと併せて、この課題の検討は、近い将来実行することとし、今回はご寛容を願うほかない。

なお、本稿は、平成七年度文部省科学研究費（一般研究C）による研究成果の一部である。