SURE 静岡大学学術リポジトリ
Shizuoka University REpository

規制緩和と憲法「改正」：自由基底的諸理論の検討

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/10.14945/00008831

論説

規制緩和と憲法「改正」—自由基底的諸理論の検討—

土田和博

はじめに

一九九〇年代以降、政治改革、行政改革、規制改革（規制緩和）、地方制度改革（地方分権）そして司法改革と、国家と社会の改造計画が進行し、現在はこれらの「改革」の総仕上げとして憲法「改正」が論じられている状況にある。

本稿は、このような状況と関連して、いわゆる市民主義派研究者や護憲派研究者が支配層の打ち出す「改革」の方向へ流れ、「改革」構想を—程度の差はあれ—受け容れてしまうのは何故か(1)、そのような構想を受容しかねない法律学の理論状況、イデオロギー状況を批判的に検討してみようというものである。そのことが早晩出てくる可能性のある憲法「改正」に対する民主主義法学の対応のあり方に何らかの示唆を与えてくれると考えられるからである。

この問題を規制緩和について考えることが本稿の課題である。この課題に対しては、様々な接近方法が可能であるが、本稿は法律学の理論状況という視角からアプローチすることにしたい。

より具体的に問題の所在を明らかにするために、規制緩和のコンテキストにおける「市民」像について初めに触れておこう。Desmond King は、新自由主義と新保守主義を区別しつつ、この両者を繋ぐものが競争的個人主義に胚胎された健康な成人男性の価値観であると述べていることが示唆的である。[2] これをも参考にして考えてみると、日本における新自由主義・新保守主義的支配戦略を意識、無意識のうちに支えている「市民」とは、典型的には民間大企業の上層、中層のホワイトカラーや中堅クラス以上の商工自営者であって介護される必要のない者である。多少理論的にいえば、それは、経済社会において合理的な判断能力と十分な情報収集能力を備え、自由と自立に最高の価値を見出す「強い個人」であって、他の個人との団結はもちろん、連帯にも無関心ないし冷淡な主体である。このような「利己的で経済的な存在」が「有徳で政治的な存在」たりえないことは、「市民の二重性」の矛盾として指摘されるとおりであるが、[3] このことはさて措き、経済社会に限って考えてみると、問題は次のようなところにあると考えられる。

すなわち、新自由主義的支配戦略の本質は、corporate liberalism、巨大法人本位の自由主義[4]であり、このような「自由」を中心的価値とする戦略は、その周辺の中層以上のホワイトカラーや商工自営業者などからも同意を調達しながら展開しつつある訳であるが、自由が問題となるのは、これらの主体だけでなく、農民や下層の労働者、商工自営業者などにおいてもそうである。むしろ、このような抑圧された主体においてこそ自由が重要であるともいえるのだが、伝統的にこれらの主体に関しては、生存や平等という価値が主張されてきた。そのような意味で、新自由主義的改革の展開が、自由の複数性あるいは自由と平等・生存の関係、換言すれば liberalism と egalitarianism の関係をどのように解くかという問題を、あらためて理論的なアポリアとして現出させているともいえるわけである。本稿はこの問題を規制緩和のコンテキストにおいて検討し、そのことを通じて、一部の理論が支配的改革構想へ傾斜する理由、あるいは自由を基底とする理論的営為が支配的戦略に流されないためには何が必要かを考えてみようというものである。

以下、Ⅰで支配的戦略としての規制緩和に対する egalitarianism と liberalism（左派）の対応の相違を確認し、Ⅱにお

いて、特にliberalismの理論あるいはより広く自由をその基礎におく理論を取上げる。それによって自由基底的諸理論が新自由主義的改革構想から自らを区別するために求められるものについて示唆を得られるのではないかと考えられるからである。Ⅲでは、翻って日本国憲法改定の動向を一九九〇年代以降に発表された「改正」試案に基づいて確認し、結語において改憲の動きをにらみつつ、自由基底的理論を含めた民主主義法学の対応のあり方を考えたい。

Ⅰ　規制緩和とEgalitarianism、Liberalism

（1）さて、自由基底的諸理論の検討に入る前に、理論が前提としている実体の問題に簡単に触れておきたい。憲法「改正」は、九〇年代の一連の改革を前提として、その総仕上げとして打ち出されると考えられるので、本来であれば九〇年代の改革の総括から始めなければならないが、ここでは次のような点に触れるに止めたい。第一に、細川政権下で公表された、いわゆる平岩リポート、村山政権の下で開始された規制緩和推進三カ年計画、橋本内閣の六大改革、二〇〇一年六月に司法制度改革審議会の最終報告が出た司法改革、小泉政権の郵政三事業や特殊法人の民営化を含めた経済構造改革など一連の政府の改革構想は、資本主義のグローバル化と財政の危機的状況に基本的に規定された性格を有しており、九〇年代の様々な政策文書の中から析出される二一世紀の日本の望ましい国家と社会の姿は「小さくて強力な政府」と「自由な競争社会」であると考えられる。後者についていえば、例えば経済戦略会議が一九九九年二月に答申した「日本経済再生への戦略」では「健全で創造的な競争社会」を経済活力を取り戻すための社会構想として示しており、また小泉政権の下で二〇〇一年六月に公表された経済財政諮問会議の「今後の経済財政運営及び経済社会の構造改革に関する基本方針」（いわゆる骨太の方針）では、医療、介護、福祉、教育など従来公的あるいは非営利の主体によってサービスが提供されてきた領域にも競争原理を導入すると明言するだけでなく、「個性ある地方の競争」や「ニューパブリックマネジメント」

と称して公共性の体現者である地方自治体あるいは行政組織それ自体にも競争原理を反映した手法を持ち込もうとしている。こうして、「競争」は経済だけでなく、地方制度や行政の指導原理ともなり始めているのである。

第二に、以上の点と関連して、二〇〇一年九月に発表された「改革工程表」の中で「規制当局からの独立性、中立性等の観点から、よりふさわしい体制に移行すること」（＝内閣府への格上げ）を「検討する」とされた公正取引委員会が運用・執行する「経済憲法」としての独占禁止法について一言述べたい。一九四七年に原始独禁法が制定されて以来、反独占立法としての独占禁止法は常に経済政策の中で非主流の地位に置かれてきた。独禁法が財閥の復活を阻止し、巨大企業の「自由」な経済活動を制約しようとすれば、反独占政策を実施するものとして独禁法は、戦後経済界から一貫して「目の上のたん瘤」視されてきた訳である。従って、それにもかかわらず、先の経済財政諮問会議が「競争環境の積極的な創造や市場監視の機能・体制」の充実など独禁法の運用の強化を提言するのはなぜか、という問題が問われねばならないのは当然である。端的にいえば、それは独禁法の原理的転換、すなわち非主流の反独占政策ないし反独占立法から主流の競争政策ないし競争法への原理的転換が行われつつあるからであるといえようかと思う。両者は大企業の競争行動に対する評価（これを基本的に自由放任するかどうか）や中小企業の協力・協調的な共同行為に対する評価（これを否定的・消極的に捉えるかどうか）などで正反対の結論に至る。ある論者の表現を借りれば[5]、「政府の積極的介入」によって大企業の経済的放恣を抑制するのが反独占政策ないし独占禁止政策だとすれば、「企業の自由な活動を尊重し市場での自生的秩序形成に対する政府の介入を自制する」のが競争政策である。戦後改革の中で制定された原始独禁法は反独占立法の特色を色濃く持っていたが、徐々にその性格を変質させ、とくに日米構造協議の前後から競争法への傾斜が著しくなったように私には思われる[6]。

（2）右に述べたような改革をどのように捉えるか、あるいはそれへの対抗戦略をどのように構想するかをめぐっては、liberalism と egalitarianism との間で相違がありうる。すなわち、まず改革の把握の仕方、あるいは改革をめぐる対立

構造の把握に関していえば、egalitarianism は、既に行政官僚は新自由主義的改革を推進する改革派に転向しており、これが財界と結託して弱い事業者と弱い個人に裸の自由競争を強制しているという捉え方がなされる傾向がある。これに対して、守旧勢力たる行政官僚とそれが保護してきた非効率的な事業者、弱い個人が、保護を必要としない効率的な事業者、個人の自由を規制・制限しており、その結果生じるモラルハザードと過保護な悪平等と非効率性の打破を効率的な事業者と個人が行いつつあると捉えれば捉えるほど、liberalism の見方に傾く。両者の捉え方の違いは、行政官僚の性格をどのように把握するか、行政官僚がどのような主体と結合ないしパトロネッジの関係にあると捉えるかにあるように思われる。

また司法改革をめぐっても、liberalism の捉え方は最高裁・法務省の司法官僚に対して、経済界と日弁連がそれぞれ改革を挑んだという三面構造の把握がなされる傾きがあるが、しかし、egalitarianism の捉え方では司法官僚と経済界の間には（あるいはこれに加えて日弁連の一部の間にも）「せめぎ合い」は存在せず、基本的な対抗関係はこれらと民衆の間にこそ存するというものである。(7)

さらに、規制緩和という支配的戦略に対する対抗構想についても、egalitarianism と liberalism 左派の間には若干の相違があるように思われる（右派との間にあることは言うまでもない）。egalitarianism の対抗戦略は、一般に福祉国家のヴァージョンアップという標語によって表現される。(8) これに対して liberalism 左派の対抗戦略は、以下のような内容の「第三の道」路線である。(9) すなわち、Neo-liberalism ないし liberalism 右派の支配的戦略とは異なり、むしろ弱い個人を前提としつつ、そのような個人の自己決定を可能にするために、労働、土地、金融などの分野を中心にセーフティネットを張ると同時に、非市場的な公共空間を政府と市場の中に埋め込んでいくといった戦略が主張される。(10)

以上は、規制緩和という支配的戦略とそれをめぐる対立構造の捉え方あるいは対抗戦略についての liberalism と egalitarianism の相違であるが、次に、主として liberalism の理論あるいは、より広く自由をその基礎におく諸理論を検討し

たい。

II　自由基底的諸理論の検討

1　市場競争

(1) まず市場競争に関しては、井上達夫氏と長谷川晃氏の議論を取上げたい。井上氏は、人の自由確保のために国家・市場・共同体という秩序のトリアーデの均衡が重要であるというが、その意味するところは、市場は国家や共同体の秩序形成原理が肥大化し、均衡を喪失することに対する防禦装置であり、同様に国家や共同体も他の二者が肥大化し、バランスを失うことに対するチェック機構として働くということである。[11] このような観点からみると、戦後日本社会の病理は中間的共同体ないし中間集団の専制・放縦、すなわち、個人が会社から自立しておらず集団主義的ルールに従わざるを得ないという会社主義の問題や非同調的組合員に対する組合ぐるみの職場八分など労働組合の問題、さらには農協や中小小売商団体のエゴイスティックな自己利害の主張の問題など、共同主義的専制がみられるところにあるとされる。このように、日本的な中間団体が個人の権利や自由を侵害し、同時に国家の公共性をも侵食してきた点に戦後日本の問題性が凝縮されているとみる訳である。こうした中間団体の放恣を許してきた国家は、井上氏によれば、厳父のイメージからの隠喩であるパターナリズムではなく、子に厳格な躾をせず尻拭いをし続ける慈母のイメージを連想させるマターナリズムであり、ここには公共性も明確な責任主体も存在しないとされる。[12]

かような「弱い政府」から「強い政府」への転換が「体制改革」としての現代日本の課題であるという認識の下に、井上氏は、その具体的な対策の一つとして「公正な市場的競争秩序の確立」をあげる。以前に、井上氏はemulationとしての競争とcompetitionとしての競争、あるいは達成型競争と探求型競争を区別していた。すなわち、前者は所与の単

一の目標や範型の達成度を競うのに対し、後者は多様な目標・範型を共に模索し合うものであって、異質な人々の自由対等な共生を求めるリベラルな多元的社会に適合的なのは後者であるとした。[13]

これに加えて最近の井上氏の主張によれば、[14]競争の結果を公正なものとして我々が受容しうるのは競争条件が公正な場合に限られる、そして競争条件が公正であるためには、単に参加の機会が万人に開かれているというだけでなく、個人が統御不能な条件によって結果が決定されないことが重要である、すなわち、競争するに当たって出発点の平等が確保されていなければならないとして、相続資産の格差是正や能力開発のための教育機会の格差是正など、競争資源の格差縮減が必要であるとされる。さらに、公正な競争秩序であるためには、市場行動がフェアプレイの倫理に適っていなければならないとして、①寄生的な競争行動、すなわち他人の努力に只乗りするフリーライディングの禁止、②挑戦の結果、功成り名を遂げた者が新たな挑戦者を妨害することの禁止、③競争のルールのダブルスタンダード化の防止などをあげるものの、それ以上の介入には否定的ないし消極的である。

(2) これに対して、同じく「公正な市場」を問題とする長谷川晃氏は、井上氏とはやや異なった視角から市場の馴致論を展開する。[15]長谷川氏は「公正な市場」の条件を、初期条件、過程条件、結果条件について示そうとするが、その条件づけを行うのが「公正の規範枠」であって、例えば①取引される財は取引主体の存立可能性を左右するような財（生命、身体、それに関わる権利などの交換禁止財[16]であってはならず、主体にとって手段的な私財とその結果得られる利益だけが対象とならねばならないこと、また②取引を行う人々は対等の資格や能力を持った上で、自発的に取引を行える状態になければならないことを挙げる。こうした条件が充足されるときにのみ、市場による交換が許されるとして、倫理と平等から自由の境界づけを行おうとする。こうして「公正な規範枠」から、主体間の格差の是正、外部不経済の強制的処理（例えばコストだけを考慮した公害防止策ではなく、住民の先住性、工場の環境影響力の大きさを考慮した処理を行うこと）、独占の排除、一定財の交換禁止等が導かれるが、これを具体化するのが「複合的保障」という構想である。すなわち、具

体的には①不正競争や独占を排除する規制、②産業育成のための援助など促進的規制、③賠償や処罰、社会保障などの救済的規制が政府によって供給されるだけでなく、諸個人やさまざまな組織・集団によっても提供される必要があるとするのである。

（3）新自由主義的支配戦略に抗して対抗理論を構想する場合、中期的戦略や長期的戦略が別にありうることを承認しつつ、これらとは区別された短期的対抗戦略として、市場（正確には資本主義）の暴走に歯止めをかけるという立場にたつならば、井上氏の議論より長谷川氏の議論の方に共感できる点が多い。井上氏の議論は戦後日本社会の病理の捉え方が一面的であるのみならず、競争資源の格差縮減を行った上での自由競争は通時的平等につながるとされるが、これは一部の経済学者が競争は長期的均衡をもたらすというのと径庭がなく、共時的・短期的平等が問題とされなくて良い理由はないといわざるを得ない。これに比べれば、長谷川氏の見解は相対的には首肯できる点が多いが、しかし、なお次のような点に不満が残る。長谷川氏の狙いは、問題の性質に応じて政府の規模や規制を適正な範囲と態様にとどめ、権力的規制を必要最小限化して、自由と平等の両立を志向することにある。すなわち、スタートラインにおける平等を要求するものの、同時にその条件が整ったならば、国家の干渉や規制は最小限化して個人の自由や自己決定・自己責任を重視するという形で、両者の両立を図ることが試みられるが、しかし、それだけで本当に自由と平等が両立するのかという点である（後述）。

2　社会法と個人の自律性

（1）次に、社会法と個人の自律性に関して検討したい。自律的個人による自己決定は様々な局面で問題となるが[17]、規制緩和との関係で最も重要な問題は、労働者や消費者が使用者や事業者と契約関係に入る場合である。この場合、支配的戦略としての規制緩和は、使用者と対等に交渉しうる労働者や事業者と対等な情報、交渉力、経済力などを有する消費者というように極めて御都合主義的な労働者像や消費者像を前提としている。換言すれば、支配的戦略としての規制緩和論に

は、総じて「完全な個人」、「強い個人」という理論的想定があるといってよい。

このような支配的戦略とは別に、しかし、その主張の一部がこれと重なり合う考え方がある。労働組合の御用組合化、集団主義化や社会保障受給者の没主体化、国家への依存といった事情を背景として、労働組合の組織強制や行政官庁のパターナリスティックな保護と規制に批判の目が向けられるのは、このような考え方によるものである。すなわち、憲法の生存権条項から個人の自由、自律性を排除し、労働者の団結を強化することが労働者の自由を実現するとの論理によって、ユニオンショップ協定などの組織強制を許容してきたことが労働者個人の自律性を圧殺してきたとされ、あるいは社会権における自由権的側面を没却したことが行政官僚のパターナリズムと独善に彩られた規制を生み出すことに理念的な下支えを提供したのであるとされている(18)（以下、便宜上これを自由基底的社会権論という）。

（2）さて、支配的戦略としての社会法の規制緩和を批判することは私にとっては当然であるが、問題は自由基底的社会権論にどのように応接するかである。故・本間重紀氏は、労働者の自律ないし自己決定が生存権保障のための協同・団結や政府規制と共存しうるものでなければならず、このような条件を欠いた単なる自由では支配的戦略に包摂されることになるといい、あるいは支配・従属の認識の有無と「自由と共存する生存・平等」を容認するか否かが分水嶺であると述べていることが重要である(19)。西谷敏氏は、早くから従属の事実と自律の理念との整合、あるいは労働者保護と自己決定との均衡を次のように図ってきた。まず、労働法における人間像として、使用者に経済的、人的に従属する状態にありながら、絶えずその状態を自らの主体的努力によって克服し、可能な限り契約内容に実質的な影響力を及ぼそうとする能動的な人間として把握しなければならないとしつつ(20)、例えば、団結の自由をめぐる問題では、労働者個人の消極的団結の自由、すなわち団結しない自由は憲法一三条に基づいて生じるが、これに対して、憲法二八条による積極的団結の自由の方が価値的に優位に置かれているとする。したがって、積極的団結権保障の必要性が高く、しかも消極的団結の自由を侵害する程度が低ければ、憲法二八条の趣旨に照らして、合憲・適法と解されるとして、一方では解雇と結びつく組織強制であるユニ

オンショップ協定などの違憲・無効は承認しながら、解雇とは結びつかない協約適用差別条項や協約適用排除条項などが日本で締結されたならば、憲法違反とはいえないとする。[21]

同様の問題をより一般的に検討したのが吉村良一氏の自己決定論である。[22] すなわち「弱いけれども、しかし、自立と自律のうちに自己決定することを希求する個人」を、過剰介入と過少保護というジレンマを回避しながら、国家、中間団体、個人の連帯によって支援して、自由や自己決定を可能にしようという福祉国家の構想である。

おそらく、西谷氏や吉村氏の見解は、団結擁護と労働者の自己決定の、あるいは生存・平等と自己決定の優れた均衡の一例といえよう。

3　規制緩和理論

最後に、行政規制の撤廃・緩和によって事業者などの自由の拡大を図る規制緩和一般に関する理論をみることにしたい。これに関して最初に指摘するべきは、なぜ規制緩和が望ましいのか、どのような場合にそれが立法論的に肯定されるかについて理論的根拠が明確でないということである。様々な理論が別の問題について主張されてはいるが、この問題について唯一行われているそれらしい説明は、規制緩和によって事業者、労働者、消費者が享受する利益が被る損失を上回り、ネットゲインとなるということであり、要するに規制緩和は社会全体としてみれば不利益を超過する利益をもたらすということである。[23]

ところで、憲法学における規制二分論に関しても、享受する利益と被る不利益の総和を問題とする功利主義との結びつきを指摘する見解がある。[24] それによれば、積極的規制にせよ、消極的規制にせよ、裁判所は営業の自由を営業機会の利益というナマの利益に還元し、他方、これまたナマの利益として捉えられた健康・安全や経済的弱者の自助的生存とを加えて、トータルの保障の量として最大化を図るという功利主義的アプローチをとっているのではないか、このような量的最

大化こそ、営業の自由の規範内容として憲法が立法者に課した任務であり、司法審査は最大化が達成されているかを規制二分論によって追試するものである、という見解である。

このような規制二分論の把握が正鵠を射たものだとすれば、右に述べた規制緩和に関する見解とともに、これらは、シカゴ学派的「富の最大化原理」と同様の問題性を免れていないといわざるを得ない。すなわち、「富の最大化原理」は、ある規制の緩和という制度の変更が望ましいか否かを余剰分析によって決する。つまり、特定の財やサービスについて、規制緩和という制度変更によって売手余剰と買手余剰が増減するかどうか、そして両者の総和である社会的総余剰が規制緩和前に比べて増加するか減少するかを検討し、これが増加すれば規制緩和は望ましく、減少すれば望ましくないと結論するのである。このような分析の問題点については、以前に指摘したとおりであるので繰り返しは避けるが[25]、行論との関係で重要な点は、総余剰が増加し、規制緩和が望ましいと判断されるのは、ある者の余剰を減少させることなく他の者の余剰を増大させるパレート改善の場合だけでなく、ある者の余剰の増加が他の者の余剰の減少よりも大きい場合も含むということである。極端な場合には、少数の寡占的大企業の独占的財産の増大が零細なサービスの買い手の生存権的財産の減少よりも大きければ、この場合にも理論的には規制緩和は望ましいと判断されることにならざるをえない。要するに経済的「自由」の社会全体での増減を問題にする発想は権利論とは異質な考え方である。

Ⅲ　ありうべき新自由主義的憲法「改正」

（1）さて日本国憲法改定の動向に目を転じると、一九九〇年代以降の憲法「改正」論議において、九条と国際貢献が最も重大な問題であることはいうまでもない。とりわけ二〇〇一年九月一一日以降の情勢においてはそうである。しかし、それは本稿の範囲を超える問題であるので、ここでは後掲の表に示した項目に関して、どのような改憲の方向が予測され

るかを、九〇年代に公表された幾つかの「改正」試案から探ってみたい。(26)

(2) 表にみる改憲試案の中から「規制緩和」との関係で注目しておきたいのは、第一に営業の自由と行政手続の適正化条項の明文化である。これについては、読売案と山崎案がその方向を示しているが、山崎案は、自由競争と自己責任を基調とした活力ある経済社会を実現するために、市場原理を機能させる規制改革を成功させなければならないとし、自由な競争秩序を守るための規制は許されるが、競争制限・参入制限的な規制は認められないというルールを徹底すべきだという。そのために、現行の二二条から営業の自由を独立させ、これによって個人や企業の経済活動の自由を認める根拠を憲法において示すべきだとする。ただ、このような規制の撤廃・緩和と企業の営業の自由の保障が憲法改正によって行われなければならないというものでないことは明らかであろう。この点に関連して、芹川洋一氏は憲法改正ではなく、「規制改革基本法」のような立法によって、市場原理を働かせるために許される規制は維持しつつ、許されない競争制限的規制を撤廃し、透明で公正な行政手続を明文化する道もあることを指摘しており、(27)どちらの道が採られるかは明らかでないが、いずれにせよ、このような方向が出てくる可能性は相当に高いと思われる。

(3) 第二に規制緩和との関係で注目する必要があるのは、基本的人権一般の総括的留保規定による制限である。小沢案は一二条の改定に関して、基本的人権が「すべて公共の福祉及び公共の秩序に遵う」として、個人の基本的人権の制限の必要性を明確に述べているし、また山崎案や読売案も「公共の利益」あるいは「公共の福祉」との調和、濫用の禁止を明記している。このように国民の自由や人権一般を制限するだけでなく、読売案と山崎案は、国民の憲法遵守義務を明記し、さらに山崎案は個別的義務として「国家の安全に寄与する義務」まで規定しようとしている。

国民の自由や人権に対する右のような制限と新たな義務が出てくる要因ないし背景としては、有事の際に人権を制限する根拠を与えるということのほかに、渡辺治氏が既存社会統合の解体への対処として指摘していることが参考になる。(28)渡辺氏は、規制緩和の進行や資本のグローバル化による企業社会的統合の弛緩・解体と自民党利益政治システムの破綻に対

応するため、下層の大衆に対して治安と秩序を強化し、犯罪を抑止するという新自由主義社会の統合システムを指摘するが、おそらく、国民の自由の制限と新たな義務の規定は、このような人権を抑圧して秩序を維持する統合システムに憲法上の根拠を提供しようとするものであろう。

（4）第三に、社会権に関する改定である。具体的な改正の方向は今一つ明確でないが、小沢案では生存権条項を前文に移して、抽象的な理念に祭り上げることを狙っているし、また山崎案では少なくとも教育権や労働基本権に関しては、何らかの形で国民の権利保障において比重を低下させることが示唆されている。要するに、山崎案は労働や教育の分野における規制緩和を既定事実として、国の関与の縮減を憲法上も明確にしようとしているわけである。

このような方向の改定については、憲法学の一部は反対でないかもしれない。すなわち、憲法学の一部には前述したように、社会権の「自由権」的側面を重視する見解があり、こうした傾向を重視すれば、社会権の比重低下は必至にみえる。ただ、このような見解も、規制緩和の中には、社会福祉の見直しのように、本来国家が保障すべきものが、その責任放棄によって切り捨てられようとしているものもあるとして、全面的に緩和に賛成しているわけではないところから、なお見通しは不透明といわざるを得ない。

結　語

（1）以上縷縷述べてきたが、論旨不明確な内容で終わることを避けるために、最後に幾つかの事柄を要約する形で私なりの結論を述べるとともに、残された問題を若干指摘しておきたいと思う。

まず、市民主義派研究者や護憲派研究者が支配層の打ち出す改革の方向に流れ、支配的改革構想を一定程度受け容れてしまうのは何故か、という問題については、このような研究者が、日本の国家や社会の現状をどのように捉えるかと関係

し、あるいは改革をめぐる対立構造をどのように把握するかとも関係して、自由を重要な要素とする理論を打ち出すために、時に「自由」の復権、拡大をめざす新自由主義的戦略と共鳴してしまうことが一つの要因となっていると考えられる。

したがって、自由基底的諸理論が支配的戦略に流されてしまわないために何が必要かを一般的な形でいえば、生存や平等を確保するための団結、協同、連帯の積極的意義を基本的に承認し、これと自由ないし自己決定との共存を図る方策を見出すよう模索することであろう。新自由主義的な意味で「自由」な競争社会を目指す改革構想では不平等と格差が拡大し、テロリズムを招来するだけであって、従属世界から捉え返された普遍的価値としての自由や生存をこそ、基底においた理論の構築が不可欠であると考えられる。(29)

(2) 最後に、残された問題を二点だけ、指摘しておきたい。一つは、社会経済システムに関する「根本規範」が存在するか、するとすれば、それは何かという問題である。(30) いかなる憲法改正によっても改定が許されない根本規範の問題を検討する場合に一つのヒントになりうるのが、ロールズの『正義論』で展開された考え方である。(31) ロールズは正義の第一原理として平等な自由のリストを示すが、第二部・制度論で擁護した市場システムにおいては、不可避的に不平等が生じると考えられるところから、これを正義の第二原理によって社会的不平等だけでなく、自然的不平等をも補整し、除去しようとするものである。日本国憲法は、ロールズのいう第一原理上の基本的人権のリストのみならず、第二原理のうち社会的不平等の禁止と結果として生ずる不平等の社会保障制度などによる是正のシステムを内在させていると考えられるが、このようなシステム自体も根本規範として改定が許されないと考えるべきなのではないか。

残された今一つの問題は、自由と平等の共生をどのように実現するかという問題である。この問題は、本間重紀氏が晩年考えておられたテーマであったが、その際、注目しておられたのが友愛原理であった。本間氏の到達点は、おおよそ次のとおりである。(32) 平等主義が主として階級階層に由来する問題を国家の関与によって解決するというアプローチを採るため、パターナリズムの弊害を完全には免れがたいのに対し、友愛原理は人種、民族、宗教、性、エコロジー、南北問題な

ど人間的普遍的要素の平等の問題を、自立と協同の社会の構築という方法によって解決しようとするものであり、この両者（国家による平等の達成と社会による友愛の実現）は共同・補完の関係にあること、社会の組織原理としての友愛原理は協同所有―協同経済メカニズムと結びつき、その具体的な担い手である協同組合は市場の失敗の克服のみならず、環境、健康安全、福祉、住民の近隣的協同などの問題を解決するための有力な主体的組織の一つであることなどが指摘されている。

以上のような議論は、未だ漠然とした抽象論の域を出ないが、このような方向の妥当性の検討も含めて具体的な思考を重ねるという作業は、将来の課題としたいと思う。

＊自由と平等の友愛原理による共生というモチーフは、右に述べたように、本号が追悼する故・本間重紀先生が晩年思考をめぐらされていた主題である。新しい論点や知見を付加えるのが後に続く者の論説に要求される「作法」であるにもかかわらず、本稿は本間先生の思考の域を出ないものであり、その意味で内心忸怩たる思いが残る。今は他日を期すことで許しを乞うしかない。なお、本稿は民主主義科学者協会・法律部会の二〇〇一年度学術総会・ミニシンポジュウム「現代国家社会改造と『市民主義』」（一一月一七日、於関西大学）の報告原稿に若干の加筆修正を行ったものである。報告に当って、信州大学の愛敬浩二助教授には参考文献、とりわけ憲法学の分野の文献についてご教示頂いた（むろん、ありうべき誤謬は筆者がその責めを負うべきものである）。記して感謝する次第である。

＊本稿は主として法哲学や労働法学等の分野における諸理論を基礎理論的視角から論じたものであるが、日本経済法学会創立五〇周年企画『経済法講座・第一巻』（近刊予定・三省堂）では「憲法と経済法―経済法の憲法学的基礎構造―」というテーマで、財産権類型論、規制二分論と規制緩和論などについて、立法政策論的視角から若干の検討を行った。極めて不十分な内容ではあるが、併せてご参照頂ければ誠に幸いである。

基本的人権、司法制度、財政、地方制度を中心にした最近の憲法「改正」試案

	読売新聞社案[1]	小沢一郎案[2]	山崎拓案[3]
現行12、13条	12条改正：第1文＝現行どおり。第2文＝「また、国民は、常に公共の福祉との調和を図り、これを濫用してはならない。」	12条改正：「この憲法の保障する基本的人権は、すべて公共の福祉及び公共の秩序に遵う。」 13条改正：「この憲法が保障する生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については不断の努力によって、これを保持しなければならない。又、国民はこれを濫用してはならない。」	12条、13条（22条、29条も）の「公共の福祉」を「公共の利益」に改正。 12条改正：この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。また、国民はこれを濫用してはならず、常に公共の利益との調和を図らなければならない。13条も同様に改正。
営業の自由と行政統制からの自由	営業の自由を明記する。財産権条項の前に置き、経済活動の自由を構成することを明らかにする。		現行22条から「営業の自由」を独立させ、個人や企業の経済活動の自由を保障する根拠を示す。 規制改革（規制緩和）の実効性を確保するため「行政手続は適正でなければならない」との条項を設ける。
社会権	字句の修正以外は特になし。	生存権条項は前文に置く。	教育権や労働基本権の保障については、進学率の著しい向上や「完全失業率の比較的低いレベル」を理由に、国民の権利保障において比重を低下させることを示唆。
新しい人権と義務	人格権、プライバシー権、環境権・環境保全義務を導入。 前文に国民の憲法尊重擁護義務を明記。	環境権、知る権利などを導入。	環境権・環境保全義務、プライバシー権、知る権利、国家の安全に寄与する義務、国民の憲法遵守義務など。
司法制度	憲法裁判所の創設（抽象的違憲審査、裁判官9名は参議院の指名）	憲法裁判所の創設	憲法裁判所の創設
財政	「国は健全な財政の維持及び運営に努めなければならない」との条項を設け、内閣による財政処理の基本原則を明記する。		「国及び地方自治体は、健全な財政の維持及び運営に努めなければならない」との条項新設。
地方制度	地方自治の本旨に代え、「地域住民と地方公共団体の自治権」を明記する。		国家が本来果たすべき役割と地域住民に身近な自治体による行政の役割分担を図るため「地方自治は、地方自治体および住民の自立と自己責任を原則とする」との条文を設ける。

1　読売新聞社編『憲法－21世紀に向けて』（1994年）、読売新聞1994年11月3日付け。
2　小沢一郎「日本国憲法改正試案」文藝春秋1999年9月号94頁以下。
3　山崎拓『憲法改正－道義国家をめざして』（2001年）。

(1) 市民主義派研究者や護憲派研究者の結論が、結果において支配層の打ち出す改革構想の一部と重なり合うことはありえよう。支配層の改革構想を、それが「上からの構想」であるという、ただそれだけの理由で否定するつもりもなければ、研究者の真摯な研究の結果がたまたまこれと一致することを否定するつもりもない。ここで問題とする必要があるのは、これらの研究者が支配層の打ち出す改革構想の前提条件や枠組みを無批判に受けとめたり、思考の過程や論理までもが支配層のそれと一致してしまうこと、あるいはそれを受容する態度が何に由来するのかということである。

(2) Desmond S. King, *The New Right-Politics, Markets and Citizenship* 17 (1987).

(3) 今井弘道編『「市民」の時代』二六三頁以下（一九九八年）。

(4) 川本隆史『現代倫理学の冒険』一五一頁（一九九五年）。

(5) 来生新「政府と競争秩序」法律時報二〇〇一年七月号二〇頁。

(6) 以上のような動きに対応して、公正取引委員会は「二一世紀にふさわしい競争政策を考える懇談会」を設置し、提言書「二一世紀における競争政策と公正取引委員会の在り方」（二〇〇一年一一月）を公表した。提言書は競争政策を「政府施策全般の中で、最も基本に位置付けられるべき性格のもの」と捉え、このような政策を執行する公正取引委員会は「特定の事業を所管する省庁の下ではなく、内閣の重要政策に関する事務を掌る内閣府がふさわしく、将来的に内閣府に移行させることも検討すべきである」としている（内閣府に移行させるべきとする理由が前述の「改革表」の指摘とは若干異なることに注意）。また提言は規制改革との関連において、「規制改革と独占禁止法の執行とは、競争政策の車の両輪であって、両者は一体的に取り組まれるべきものであり、「そのためには、独占禁止法自体を競争に対する積極的な意義を込めて『競争促進法』として前向きに位置付けて考えることが必要である」とする。公企業の民営化や規制改革によって登場する巨大な「私企業」（NTTなど）の事業活動に対して、その自由放任的活動を制約する方向で独禁法を運用する（例えば電気通信の接続問題につき不当な取引拒絶などの規制を強化する方向を指向する）ならば別であるが、「競争促進法」という言葉は、それが一人歩きして、むしろ巨大な「私企業」の自由放任的な事業活動をも「競争促進」的として容認してしまうおそれも内在させているように思われる。

(7) 私自身は、この問題について司法制度改革審議会がスタートした時点では、規制緩和的司法改革、市民的司法改革、司法官僚

システムの維持という三面構造的把握をしていたが、二〇〇〇年五月の自民党・司法制度調査会の報告書「二一世紀の司法の確かな一歩」によって、自民党・経済界と最高裁・法務省の妥協と一致が明らかとなり、遅くともそれ以降は二面構造的把握が妥当であると考えている（拙稿「新自由主義的司法制度改革と憲法原理」法律時報二〇〇一年五月号一五頁以下）。

(8) 渡辺治・後藤道夫編『講座・現代日本④ 現代日本社会の対抗と構想』三八〇頁以下（一九九七年）、渡辺治『「構造改革」で日本は幸せになるのか？』八一頁以下（二〇〇一年）などを参照。

(9) 注10に掲げたもののほか、金子勝ほか「グローバリゼーションに対抗する戦略(上)(下)」『世界』二〇〇〇年六月号、七月号、同「『小泉構造改革』への対抗提案」『世界』二〇〇一年八月号など。また、山口定・神野直彦編著『二〇二五年日本の構想』（二〇〇〇年）所収論文の一部やアンソニー・ギデンズ（佐和隆光訳）『第三の道』（一九九九年）にも同様の発想がみられる。なお、liberalism 右派と左派の対話として、金子勝・井上達夫「市場・公共性・リベラリズム」『思想』一九九九年一〇月号が興味深い。

(10) より具体的には以下のとおりである。「第三の道」路線は、「市場で競争すること」と「信頼し協力すること」とは互いに補い合う関係にある、すなわち、市場経済は信頼や協力の制度があってはじめてうまく作動すると認識する（金子勝『セーフティネットの政治経済学』五七頁（一九九九年））。ここでも「弱い個人」（新古典派経済学が想定するような「完全な個人」ではなく「不完全な個人」）が想定されているが、このような「不完全な」人間の合理的判断能力は市場の不安定性と不確実性に対して限界があるから、相互の信頼に基づく協力関係、すなわちセーフティネットが必要となるとされる。

このような観点から二つの対抗戦略が提案される。一つは、グローバル、リージョナル、国民国家、ローカルの各レベルで、人々の手の届く下方に向けてセーフティネットを張り替えること、とりわけ通貨・金融、労働・福祉、土地・不動産などの本源的生産要素の分野でセーフティネットを張り替えることである。より具体的には、①リージョナルなレベルでは、通貨危機の伝染に備えて各国の地域通貨を持ち合ったり、国際的短期資本移動に備えて通貨安定基金を設ける、②ローカルなレベルでは、介護・育児などの生活上のリスクのシェアを行う地方政府、高齢化、病気、失業など職場のリスクシェアを行う社会保障政府、ミニマムを保障する所得再配分機能を担う中央政府による社会保障制度改革とボランティア切符制度など地域的貨幣共同体を構想するというものである（金子勝『反グローバリズム』六八―八一頁（一九九九年））。いま一つの対抗戦略は政府と市場の双方向から公

共空間を埋め込んでゆくという戦略で、市場に公共空間を埋め込むというのは、具体的には、右述の地域通貨制のほか、協同組合、ワーカーズコレクティブや中小企業のネットワークを張り巡らすことによって、市場とは異なる原理による社会的交換を市場の中に組み込みながら連結してゆくというルールカップリングの構想である（金子勝『反グローバリズム』八二―九頁）。

(11) 井上達夫ほか『新・哲学講義⑦自由・権力・ユートピア』三一頁以下（一九九八年）。

(12) 井上達夫・河合幹雄編『体制改革としての司法改革』二九〇頁（二〇〇一年）。

(13) 井上達夫・名和田是彦・桂木隆夫『共生への冒険』一五頁以下（一九九二年）。

(14) 井上達夫「公正競争とは何か―法哲学的試論―」、金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス』三頁以下（二〇〇〇年）。

(15) 長谷川晃『公正の法哲学』五九頁以下（二〇〇一年）。

(16) 交換禁止財については、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』二一頁以下（法哲学年報一九九四年）も参照。

(17) 自己決定が問題となる局面の整理としては、笹倉秀夫「自己決定権とは何か」、松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定権』三頁以下参照（一九九七年）。それによれば、誰が、何故、どのような場面で、誰に対して、自己決定ないし自己決定権を主張するのかを分類して議論することが重要である。例えば、①個人はその私的領域に属する事柄について社会や国家からどこまで自由であるべきか、という私事に関する自己決定、②労働者、消費者、患者などが他者と法的関係を取り結ぶ場合に典型的に問題となる、対等でない当事者間における自己決定、③人が生活する空間、すなわち地域、自治体、国家、国際社会などの秩序形成に主体的に関与するという場面で問題となる自己決定に分類することが可能である。あるいは別の視角から、自己決定論が対応しようとしている問題が、日本の前近代性なのか、近代性なのか、それとも現代性ないしポストモダンなのかによる区別もありうる。

(18) 西原博史「〈社会権〉の保障と個人の自律」早稲田社会科学研究五三号一一二頁（一九九六年）。

(19) 本間重紀『暴走する資本主義』二三八―九頁（一九九八年）。

(20) 西谷敏『労働法における個人と集団』六九頁（一九九二年）。

(21) 同書、一三七―八頁。
(22) 吉村良一「『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学一九九八年四号。また、同「総括　九〇年代における『変容』をどう捉えるか」法の科学三一号（二〇〇一年）も参照。
(23) 例えば、川本明『規制改革―競争と協調―』一三二頁以下（一九九八年）。
(24) 棟据快行『憲法学再論』三四二―四頁（二〇〇一年）。
(25) 拙稿「市場イデオロギーと現代社会正義論」法の科学二六号四二頁（一九九七年）、「規制緩和と新自由主義的競争論」静岡大学法制研究一巻二・三・四号一三一頁以下（一九九七年）。
(26) 表に掲げた項目（基本的人権、司法制度、財政、地方制度）は、新自由主義・新保守主義的な憲法改定が、企業の経済活動の自由、行政規制への牽制、基本的人権の制限、司法制度の改革、財政や地方制度の再編成などを表現すると考えられることから、選択されたものである。ただし、憲法調査会も二〇〇〇年から五年かけて「論憲」することにもみられるとおり、明文改憲が行われるか否かは明らかでないので、以下の本文では表に掲げた三つの案に基づいて、大まかな「改正」の方向にみられる特徴を確認しておきたい。

なお、表に掲げた三つの試案の中では、読売新聞社の改正試案が、表に掲げた項目に関する限り、最も復古主義的色彩の薄いものである。山崎案や小沢案は「新しい人権」の新設などで糊塗しようとしているが、復古主義的な色彩を隠しきれていない。それは小沢案の基本的人権一般の総括的留保規定や山崎案の「人権と公共の利益との調和」条項あるいは「国民の憲法遵守義務」などにみられるところである。しかし、注意すべきは、読売案のスマートさは、そのような装いを凝らしても、九条の改定と「国際協力」の条項を通したいという鎧を覆う衣にすぎないということである。
(27) 芹川洋一『憲法改革―二一世紀日本の見取図』六六頁以下（二〇〇〇年）。
(28) 渡辺治「現代憲法改正論の構造転換」、杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『二一世紀の立憲主義』一一六頁以下（二〇〇〇年）、同『司法改革』の本質と背景」法と民主主義二〇〇一年七月号一〇頁以下。
(29) 「結語」では、Ⅱで一部ではあるが概観した法学理論の動向から考えて、Ⅲでみた憲法「改正」の方向に対して、どのような法

学理論の反応が予想されるか、あるいは法学理論が新自由主義的改憲に同調してしまわないためには何が必要かを論じなければならなかったのであるが、改憲の方向が未だ十分に見極められない現段階では、この問題への回答は留保せざるを得なかった。

(30) 森英樹「転機に立つ憲法構造と憲法学」法律時報二〇〇一年一月号七九頁において、グローバル化時代に対応した経済・税財政・金融・企業・雇用・福祉におけるドラスティックな構造転換の進行が「憲法史が一九世紀後半から二〇世紀をかけて築いてきた生活権・生存権・教育権・労働権あたりに質的に深刻な縮減をもたらすという憲法構造の転換」を招いており、それ故にこそ逆に、「現行憲法、近代憲法が原理として措定する経済・社会構造とは何か」が問われていると同様の問題提起がなされている。これに対して、棟据快行「日本的秩序と『見えない憲法』の可視化」、紙谷雅子編『日本国憲法を読み直す』(二〇〇〇年)六五頁以下は、このような憲法構造の転換を前にして、「個人の尊厳を中核とするグローバル・スタンダード」か「日本的価値をアレンジして可視化した憲法」か、それとも「議論のフォーラムとしての憲法」かと、想定しうる対応シナリオを提示するにとどまる。

(31) ジョン・ロールズ(矢島欽次監訳)『正義論』(一九七九年)。

(32) 本間重紀『暴走する資本主義』二四八頁以下(一九九八年)。同様に、友愛原理を重視するのは中西洋氏である。同氏は「近未来の人の社会は友愛に基礎づけられた平等と自由をモットーとして作り出される可能性」があるとし、より具体的な近未来社会設計のイメージとして、ハンディキャップについて当事者の合意があるといった友愛精神に基づく(競争)条件を設定し、始点での実質的平等を確保した上で、当事者に自由な活動を許すが、その結果生じる不平等については格差の是正措置をとった上でスタートラインに戻すという循環的な社会運営システムを構想する(中西洋『近未来を設計する』四九―五〇頁(一九九八年))。なお、同『〈自由・平等〉と〈友愛〉』(一九九四年)、石井伸男「自由・平等・友愛と協同社会主義」、後藤道夫編『ラディカルに哲学する⑤ 新たな社会への基礎イメージ』一三五頁以下(一九九五年)も参照。