

新自由主義の意義と問題点

穂山守夫

目次

序

一 新自由主義の種類とその台頭の背景

二 主要な新自由主義論者の見解の検討

1 小さな政府論者

1-1 帰結主義的に小さな政府を主張するハイエク

1-2 帰結主義的に小さな政府を主張する M. フリードマン

1-3 立憲契約に基づき小さな政府を主張するブキャナン

2 最小国家論者

2-1 最小国家を支持する自然権論的リバタリアンであるノージック

2-2 帰結主義的に最小国家論を主張するランディ・バーネット

3 無政府資本主義者

3-1 功利主義的・帰結主義的無政府主義者である D. フリードマン

3-2 自然権的無政府主義者である M. N. ロスバード

4 自然権的古典的自由主義者である森村進

三 日本国憲法の新自由主義的解釈とその問題点

四 新自由主義の特徴

五 結び～新自由主義の意義と問題点

序

小泉政権の構造改革路線は、レーガン政権の新自由主義政策を承継した中曽根構造改革路線を推進するものである。この構造改革の思想的基盤である新自由主義は、民営化・規制緩和等による経済的効率性を主張するものである。この新自由主義は、経済学分野では以前から注目されていたが、最近では福祉国家批判ないし個人の自己決定（自律）ないし個人の尊厳等との関連で政治学及び法学の領域においても注目されている。そこで本稿は新自由主義＝リバタリアニズム（libertarianism）を政治・経済的観点を踏まえながら主として法的観点から体系的に検討するものである。

一 新自由主義の種類とその台頭の背景⁽¹⁾

新自由主義・自由尊重主義などと訳されるリバタリアニズムとは、個人を尊重する自由主義の立場から強制的権力の担い手である国家に不信感を抱き、国家の役割の縮小ないし廃止を唱える思想であり、古典的自由主義の現代版である。これはかなり多様な流派に分かれるが、個人の自由の位置付けないし根拠付けの相違から次のように三つに大別される。第一は自己所有権（self-ownership）を根拠とする自然権論的リバタリアニズムである。第二は個人の自由が社会にもたらす恩恵（人々の幸福）を重視する帰結主義的リバタリアニズムである。第三は理性人であればリバタリアニズム的社会原理に合意するはずだとする契約論的リバタリアニズムである。これらのリバタリアニズムは、政府の正当性ないし機能を否定ないし軽視するものであるが、それらを国家論ないし政府論の観点から分類すると、こうなる。政府の正当性等を全面的に否定するリバタリアニズムは、国家の廃止を唱える無政府資本主義である。国家の役割を否定しないが、国防・裁判・治安などの公共財の供給に限定するリバタリアニズムが、最小国家論である。更に国家が限定的であるが、ある程度の福祉サービスを行うことまで認めるリバタリアニズムが小さな政府論である。

このようリバタリアニズムは、西欧において社会民主主義・平等主義的リベラリズムに立脚する福祉国家に対する批判的理論として1970年代後半から80年代にかけて大きな影響力を持った。その政治・経済的背景は特にイギリスやアメリカにおいて圧力団体の政治的圧力による財政支出、赤字財政の恒常化、経済成長の低下ないし不況におけるインフレ、新保守政権（サッチャー政権・レーガン政権）の成立である。サッチャー政権はこの理論を具体化した新自由主義政策としてインフレ抑制のための民営化等を行った。この政策はアメリカではレーガン政権および二代にわたるブッシュ政権に承継され、日本ではこのアメリカの流れを受けて中曽根政権は国鉄民営化などの行政改革をし、小泉政権の構造改革は行革の徹底・小さな政府・規制緩和を推進した。行革は事前調整型から事後チェック型

(1) Norman P. Barry, *On Classical Liberalism and Libertarianism* (1986); David G. Green, *The New Right* (1987), ノーマン・バリー, 足立幸男編訳「自由の正当性—古典的自由主義とリバタリアニズム」(木鐸社, 一九九〇年), デイヴィッド・アスキュー「リバタリアニズム研究序説(一)(二・完)」(法学論叢一三五巻六号, 一三七巻二号, 一九九四—一九九五年), 田中成明「リバタリアニズムの正義論の魅力と限界」(法学論叢一三八巻四・五・六号, 一九九六年, 101頁—103頁), デイヴィッド・ボウツ, 副島隆彦訳「リバタリアニズム入門」(洋泉社, 一九九八年), 森村進編著「リバタリアニズム読本」(勁草書房, 二〇〇五年)。

への転換を一層進めた。小さな政府は橋本政権の構造改革路線を引き継いで公共投資と政府支出を小さくし、累積赤字削減を目指した。規制緩和ではマーケットの自由に任せると弊害が生じるという認識から強く制度や慣行で規制されてきた労働・土地・資本をその規制から開放し、それらを流動化させた。この構造改革の思想的基盤が新自由主義なので、新自由主義が注目され学問的にも検討されるようになった。

二 主要な新自由主義の論者⁽²⁾

わが国でも、リバタリアニズムは注目されるようになってきたが、支配的論調にはなっていない。リバタリアニズムの論者で最も知られているのは、F・A・ハイエクであるが、それ以外は、M・フリードマン、J・M・ブキャナンが経済学者・政治学者の間で、R・ノージックは法・政治哲学者の間で注目されている程度で、無政府資本主義の論者であるM・N・ロスバード、D・フリードマンは余り知られていない。そこで以下においてはその主要な論者の見解を紹介して、それを検討する。まず帰結主義的に小さな政府を支持するハイエク及びM・フリードマン並びに立憲契約に基づき小さな政府を主張するブキャナンの理論について検討する。

1 小さな政府論

小さな政府論は治安及び国防だけでなく公共財の供給と最小限の福祉をも政府の役割として認容する立場である。その代表的論者であるハイエク及びM・フリードマン並びにブキャナンの諸説を順次検討する。

1-1 帰結主義的に小さな政府論を主張するハイエク⁽³⁾

ハイエクはヒュームやアダムスミスらのイギリス経験主義の流れを汲むものであり、その観点から法実証的な立法万能観に批判的である。その立場は自由が人々の幸福をもたらすとする帰結主義的リバタリアニズムである。彼は、私有財産を個人の自由（消極的自由）と不可分と見て、経済的自由（財産権・契約の自由など）を重視するが、その自由の自然権性よりもその道具性に着目する。すなわち、経験的・帰結主義的観点から、自由は知識の習得・発展や社会の自生的進化に不可欠だとするのである。彼は人間の能力と知識の限界を自覚して、社会全体を合理的・意識的に計画することが人類にとっての進歩であるとするデカルト的な大陸合理主義に立脚する設計主義的（constructivist）社会観に反対し、

(2) 前掲注(1)田中103頁。

(3) Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (1960); [気賀健三・古賀勝次郎訳『自由の条件Ⅱ自由と法』(春秋社、一九八七年)], *Law, Legislation and Liberty*, Vols. 1-3 Routledge (1973-1979); [F・A・ハイエク、西山千明、矢島欽治監修『法と立法と自由』(春秋社、一九八七年～一九八八年), *The Road to Serfdom*, George Routledge and Sons, 1944; [F・A・ハイエク、西山千明訳『隷属への道』(春秋社、一九九二年)], *New Studies in Philosophy, Politics, and History of Ideas* (1978), *The Use of Knowledge, Individualism and Economic Order*, Routledge & K. Paul, F・A・ハイエク、田中真晴・田中秀夫訳「社会における知識の利用」『市場・知識・自由』(ミネルヴァ書房、一九八六年), ハイエク、西山千明編「新自由主義とは何か」(東京新聞出版局、一九七七年), 嶋津格「自生的秩序」(木鐸社、一九八五年), 前掲注(1)田中106頁—107頁, 111頁—112頁。

進化論的合理主義 (evolutionary rationalism) の立場から環境の変化に適合しつつ自生的に発達する自生的秩序 (spontaneous order) の有効性を強調する。自生的秩序の例として言語・市場・慣習法・貨幣等を挙げうるが、そのうち重要なのは市場である。市場は参加者の相互の利益を実現する自発的交換の制度的枠組みであり、そこにおいて個々人の分散した知識の相互交流・活用による営利追求が行われるゲームの場である。特に市場における価格をシグナルとする自由競争過程が分散した断片的知識を発見し、その調整・統合を図り、効率的な資源の配分機能を果たすとする。しかし、イギリスのように市場が自生的に形成されることもあるが、発展途上国の場合のように自生的市場が未発達なため、国家が産業政策上、市場を創設・育成することもある。したがって意図的に形成された市場の側面を無視して市場をハイエクのように自然的秩序と見るのは一面的である。また市場の機能は万能ではなく市場の失敗により市場の価格機能が機能しないことがある。したがって市場の二面性や効率性の限界を認識すべきである。

次に国家権力に関し、ハイエクも国家権力を制限しようとするが、政府機能を最小化する最小国家論に与せず、有効な政府の機能を認め、政府介入に比較的寛容である。すなわち政府は市場が供給できないようなサービスを提供するために強制力を行使し必要な財政資金を調達しようとする。また行政の分割統治や第三セクター方式などの政策による公共部門の合理化 (効率化) を主張するし、政府はプライバシー権やある種の情報を無料化するという制度的支援で市場経済の発達をうながすことができるとする。つまり国家が社会の繁栄のために一定の条件を整備することを肯定する。この点のハイエクの主張は説得的である。

福祉国家に関して、ハイエクは福祉ないし社会的正義の見地から広範な政府の介入を認める福祉国家には批判的である。福祉政策は低額所得者の高額所得者に対する嫉妬の合理化の面があるとする。確かにその嫉妬が全然ないとはいえないが、福祉政策が社会的・経済的弱者の人間としての尊厳の保持に一定の貢献をしていることは正当に認めるべきである。またハイエクは、社会的正義が取引的民主制のもとで政府に対する既得権益保護要求に応えたり、多数派の勢力維持のために政治的要請に応じて利益配分を行ったりする隠れ蓑として用いられていると主張する。確かに社会的正義の内容にはあいまいな面があるから、ハイエクの言うようにそれが悪用される恐れはある。しかし社会的正義の観点から社会的弊害や社会的差別の是正がなされているのであり、この点を無視するのは妥当でない。それから、ハイエクによると政府が強制権力を用いて行う再分配制度・政策は市場のシグナル機能を損ない、個人の責任ある自由な活動を阻害する弊害がある。そうだとしても政府が最低生活水準保障や失業・病気に備える強制保険の整備に関わること自体には、市場のシグナル機能を損なわず法の支配に反しない方法による限り反対しない。だが、失業保険や健康保険についても、政府による独占的・画一的制度に任せず、民間の諸制度と公正な条件のもとで競争させ、できるだけ政府の役割を小さくすることが望ましいとされる。ハイエクはこのように限定的に福祉の問題に政府の介入を認めるが、それではその問題は最小限の安全網 (safety net) の枠内に限定され、その安全網によってカバーされない多数の社会的・経済的弱者が生じる恐れがある。この恐れを回避するためには民間の活力を利用しながら、政府が相当な範囲で社会保障に責任を持つべきである。

1-2 帰結主義的に小さな政府を主張するM. フリードマン⁽⁴⁾

フリードマンによると、資本主義は単なる経済的自由の体制ではなく、政治的自由のための必要条件である。政治的な立場に関知しない没人格的な市場には営利的な経済活動を政治的見解から切り離す要因が常に存在する。この市場は単に財の配分のみにかかわる制度ではなく、社会において広く個人々の相互依存と相互調整を実現する包括的メカニズムである。このように、市場は広範囲に機能するが、政府の機能を不要とせず、かえって、政府はゲームのルールを定めるための公の討論の場として、また定められたルールを解釈し、執行する審判として不可欠である。また市場においては人々が集合的に享受する財に資源が配分されにくく、資源をこのような用途に用いるには政治ルートを経る必要がある。しかし政治的ルートによる場合、強制権力が行使されがちである。この権力は自由に対する根本的脅威であるから、自由の保障のためにはそれを分散し相互に抑制と均衡を図る体制が必要である。市場は経済活動の組織化を政治当局の統制から切り離すことにより経済力が政治権力の補強ではなく抑制になることを可能にする。市場は政治的問題の範囲を大幅に縮小するとともに、政府が直接ゲームに参加する必要を最小限度にとどめるとされる。このようにフリードマンは市場の機能を広範囲に認めるが、政府の機能も認める。

フリードマンは、この政府の機能として次のものを挙げる。まず、市場を通じてなしえない事柄つまり日常の活動の枠組みである法（ルール）の制定ないし決定と執行である。すなわち治安維持・国防、財産権の明確化と財産権の解釈をめぐる紛争の裁定、私的契約の履行を確保する強制的執行、貨幣制度の整備である。次に理論上は市場を通じて達成できると思われるが、技術的理由等のため自発的交換に頼ると多大なコストがかかるか事実上不可能であるような事柄の達成つまり独占ないし市場の不完全性への介入と近隣効果への対応である。人為的独占の場合、その原因を無くすべく、政府の独占助長政策を止めるとか反トラスト法等の独占禁止法の制定とその実効的な運用をすべきである。生産者ないし企業が単一であることが技術上効率的であるがゆえに生じる技術的独占（自然独占）例えば一地域内の電話サービスの供給の場合の独占の場合には、時と場合より技術的独占を他の理由を加味して公的独占として正当化しうる。したがって技術的独占の論拠のみに基づく現行の郵便局の公的独占は正当化されない。厳密な意味での自発的交換が不可能な場合が近隣効果の場合である。この問題は、個人の行動が他人にプラスないしマイナスの影響を及ぼした場合にこれらの者に費用負担もしくは補償を行うことが実際上不可能なときに生じる。具体例として河川の汚染や多数の出口のある一般通行用高速道路の建設・市立公園などをあげうる。最後に自由の主体は自己責任を負う個人にあるから、責任能力なき者へのパターンリスティックな政府介入つまり子どもと精神障害者の保護は認められる。狂人のような精神障害者の面倒を自発的な慈善活動に委ねるだけでは不十分であり、政府の狂人対策が必要である。また子どもを責任ある個人に成長させるのは基本的には親の役割であるが、責任ある個人のタマゴである子どもの究極の権利保障のためになされる、家庭の役割を補完する政府の役割は認められる⁽⁵⁾。

(4) Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, The University of Chicago Press, (1962) [M.フリードマン、熊谷尚夫ほか訳「資本主義と自由」(原著、一九六二年、マグロウヒル好学社、一九七五年)], M.フリードマン/R.フリードマン、西山千秋訳「選択の自由—自立社会への挑戦—」(日本経済新聞社、一九八〇年)、西山千秋監修「政府からの自由」(中央公論社、一九八四年)。

この立場から次のような具体的提言がなされている。すなわち、①安定した民主的社会の存立のためには大多数の市民が最低限度の読み書き能力を有し、またある共通の価値体系を受け入れる必要があるが、教育はこれらの点に貢献しうる。したがって、子どもの教育から得られる利益つまり安定した民主社会の助長は子どもや親に帰属するのみならず、他の社会構成員にも帰属する。しかし利益を受けた特定の個人を識別してその利益を請求することは実現できない。それゆえここに重要な近隣効果が存在する。この近隣効果により子どもの教育への最低限の政府介入つまり学校で子どもに市民として必要な最低限の教育水準の一般教育を受けさせるよう親を義務づけることは正当化しうる。この場合、政府が学校教育の財政を負担することは正当化しうる。それから子どもやその他自分では責任を取ることのできない者には温情主義的配慮によっても正当化しうる。しかしこのことは教育機関の実際の管理を政府が行うことまで正当化するものではない。認可を受けた学校のなかから保護者が自由に学校を選択できるクーポン制を導入すべきである。親が最低限度の学校教育を子どもに施すために公認の教育サービスに費やした場合、政府は少なくともその費用（公立学校での推定教育費）を償還する証票（バウチャー）を親に与える。親はこの金額に自費を加えて営利目的の学校や非営利目的の学校の中から生徒の興味と能力に基づいて学校を自由に選択しうる。この制度の導入により学校間の競争がもたらされ、教育の質が向上し、また学校の健全な多様性が助長され、さらに教員組合の力を抑制し教師の給料が市場の相場を反映するなど学校制度の柔軟化をもたらすとする⁽⁶⁾。確かに公教育を政府に独占させる必要はないが、フリードマンが主張するクーポン制を採用すると、学校間の過当競争を招き、その結果必要とされる学校まで淘汰されたり、一部地域に学校が集中し、他方過疎地域では学校が存在しないという事態が生じうる。したがってその採用には問題がある。

税制に関し、フリードマンはある免税点を越えた所得に対する均一課税を主張し、もっぱら所得を再分配するための累進課税は不当だとする。累進課税は低所得者への財の再配分をするため高所得者から強権を用いてその財産を取り上げるものであり、個人の経済的自由と真正面から衝突する。これに対して比例的な均一率課税は高所得者の方が絶対額としてより高い税を負担するが、これは受益を根拠にして正当化しうる。このような税率は課税回避や脱税への誘因が減少し、また資源のより効率的な利用と高所得を生み出すから、より多くの税収をもたらすとする⁽⁷⁾。確かに純粹に孤立した個人的観点からすると、フリードマンの主張は説得的である。しかし現代においては、個人の経済的自由は社会連帯や共生の観点から制約しうるから、相応の累進課税はその観点から正当化しうる。また租税回避に対してはその誘因を減少させる累進税率の緩和で対応すべきだし、違法な脱税に対しては罰則の強化で対応するのが筋である。

社会保障制度に関して、フリードマンは乱立する雑多な社会保障制度は有益どころか有害であるから、それらを廃止して負の所得制度に一本化すべきであると主張する。すなわち、雑多な社会保障制度ないし福祉施策として、公営住宅・最低賃金法・老齢保険・遺族保険を挙げうるが、これらはすべて問題がある。公営住宅は貧困者のうち住宅に幸運にも

(5) 前掲注(4)フリードマン「資本主義と自由」25頁-39頁。

(6) 前掲注(4)フリードマン「資本主義と自由」97頁-122頁、前掲注(4)「政府からの自由」181頁。

(7) 前掲注(4)フリードマン「資本主義と自由」193頁-198頁。

入居できた一部の世帯を除くと、貧困者の住宅状態を改善していないから、貧困世帯への援助を根拠にして正当化できない。最低賃金法は失業者を増加させ、かえって貧困を増大させた。農産物価格支持制度は生産量の増加をもたらしたが、農場主一人当たりの所得特に援助を必要とする貧乏な農場主の所得を高めなかった。税金を財源とする補助金がなければ維持できない老齢・遺族保険は貧しい人を援助するものであるならば、正当化しやすいが、現行の制度は貧富に関係なく一定年齢に達すると給付されるものであり、低所得者を援助する制度として正当化できないとする⁽⁸⁾。確かにフリードマンのように公営住宅の供給数を限定すると、貧困者の住宅状態は改善しないが、公営住宅の建設数を増加させれば、貧困者の住宅状態を改善しうるから、公営住宅は貧困者にとって有益である。また雇い主に雇用助成金を給付することによって最低賃金を遵守しながら労働者の採用を可能にし、失業者の増加を防止しうる。さらに老齢・遺族保険にはフリードマンの指摘する問題点があるが、老齢・遺族保険は平均すれば高所得者よりも低所得者のためになっているから、その給付の不備を改善すれば、その正当化は可能である。

フリードマンは社会保障制度に問題がある以上、貧困問題対策として負の所得制度を導入した方が合理的であるとする。負の所得制度とは所得から所得税控除額を差し引いた場合に課税所得がマイナスのときに、現行法のように無視されずにその絶対額の一部が現金給付される制度である。その基本的な考え方は、現在の徴税機構をそのまま利用しながら、一定の所得水準に達しない低所得者に財政援助を与えようというものである。この際、所得の分岐点と最低保障所得との間にある程度の差をつけることが、低所得家族に労働意欲を失わせないために必要である。分岐点と最低保障所得は家族構成員が多ければ大きくなり、反対に少なければ小さくなる。このように負の所得税は所得の多寡のみならず家族の人数による調整をもなす。この制度は児童扶養手当や生活保護といった現行の直接救済制度を廃止し、それに代わるものと考えられている。現在の直接援助制度が自助の精神を失わせ、永久的な生活保護依存層を作り出すのとは異なり、負の所得制度は貧しい人に自助の精神を失わせず、その者を責任ある個人として扱うことができる。この制度は労働所得の一部が自分のものとなることから、労働意欲を促進する。その効果により現行の制度より費用がかからない。しかも負の所得税は福祉政策を担う福祉官僚機構をほぼ全面的に不要にする利点を有するとフリードマンは主張する⁽⁹⁾。確かにフリードマンが指摘するような長所がこの制度にあることは一応肯定できるが、福祉政策を担う福祉官僚機構をほぼ全面的に不要にする利点を有するかは疑問だし、その最低所得水準が低所得者への財政援助額として低すぎるといふ難点がある。

職業免許制に関して、フリードマンは医師その他の職業免許制を撤廃すべきとする。すなわち職業免許制は一般には公共の利益保護の観点から擁護される。しかしそれは免許制にされている職業集団の利益を擁護するものである。これは職業に対する国家干渉であり、市民の職業選択の自由ないし営業の自由に対する重大な侵害である。職業免許制の拡大に対する不断の政治的圧力によりその侵害ははるかに一層重大化するおそれがある。このことは、最も擁護しやすいと思われる医療免許制にもほぼ妥当する。医療免許制は医療の提供量を減少させ、またその質を低下させる。それは医者志望者の医者になる機会を減少さ

(8) 前掲注(4)フリードマン「資本主義と自由」199頁-213頁。

(9) 前掲注(4)フリードマン「資本主義と自由」215頁-219頁、「政府からの自由」349-355頁。

せ、より不満足な医療サービスに対して公衆により多くの対価を強いてきたし、医学や医療組織の発展を阻害してきたとする⁽¹⁰⁾。確かに職業免許制にはフリードマンが指摘する問題点がある。したがって、職業免許制の範囲を狭めるべきである。しかし生命・身体に対する侵害の危険性を有する医療行為の場合には、国民の生命・身体の安全の観点から、適切な医療サービスを担保する免許制は必要である。そして、そのサービスの質を維持するため更新制を導入すべきである。しかし些細な医療行為は免許制の枠から外し、より緩やかな要件の下で多様な医療サービスが提供されるようにすべきである。

労働組合に関し、フリードマンは労働組合は価格協定をもたらす産業独占に比すべく、賃金を市場水準と異なったものにする労働独占であると主張する。すなわち組合が特定の職種ないし産業で高い賃金を勝ち取ると、その分野における雇用量が減少し、余剰労働力は他産業等に流れ、その他産業等の賃金を押し下げる。このようにして、組合は労働力の配分をゆがめ、一般大衆及び労働者全体に害を及ぼし、また最も不利な労働者の就業の機会を減少し、労働者階級の所得格差を拡大してきたとする⁽¹¹⁾。確かに、この点についてのフリードマンの指摘を全面的には否定できないが、労組が使用者と対等な立場で交渉することにより、適正な水準の賃金を確保した面があり、またその賃金水準が他の産業の賃金水準に好影響を与えることもある。したがって、この点を無視するフリードマンの労組観は一面的である。

以上よりフリードマンが一定の政府機能特に弱者救済を政府の機能と考えている点は評価できる。しかし市場システムの機能を重視するため、彼の言うセイフーネットは余りにも限定的で弱者救済にとって不十分である。

1-3 立憲契約に基づく小さな政府を主張するブキャナン⁽¹²⁾

ブキャナンは自然法や自然権を拒否しながら、個人主義の立場から、立憲契約に基づく小さな政府を主張する。ブキャナンによると「万人の万人に対する闘い」という自然状態すなわち一切のルールによる制約のない無法な状態の下で異なる資質と能力を持つ者が有限の財の獲得やその防衛に労力を費やした結果、一定の均衡状態が生じ、財が究極的には実力に基づいて分配（自然的分配）される。それから財の獲得・防衛のためのコストを削減すべく武装解除契約が締結される。そして武器等の生産に投下される資源を他の財の生産に投下すれば万人の利益になるから立憲契約が締結され、これにより、財産権（能力を利用・処分する権利を含む）ないし法が確立されるとする。しかしこの場合、法を遵守しない者がいるため、その遵守を強制する法執行機関が必要となる。かくしてこの立憲契約は法的強制にかかわる夜警国家的「保護国家（protective state）つまり審判と執行の機関の設立を含意することになる。この立憲契約後、自由な取引が行われ、各人の生活状態は向上するが、公共財は十分に供給されない恐れがある。そこで立憲契約後、保護国家だ

(10) 前掲注(5)フリードマン「資本主義と自由」136頁-154頁。

(11) 前掲注(4)フリードマン「資本主義と自由」155頁-180頁。

(12) James M. Buchanan (with Gordon Tullock), *The Calculus of Consent* (1962); *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press (1975); *Freedom in Constitutional Contract* (1977); (with G. Green), *The Reason of Rules* (1985); *Liberty, Market and State* (1986), 前掲注(1)田中, 119頁-123頁, 前掲注(1)ノーマン・バリー「自由の正当性—古典的自由主義とリバタリアニズム」107頁-127頁。

けでなくかなり広範に公共財の供給にかかわる生産国家 (productive state) も合意により形成される。すなわち公共財の供給と資金調達 (税制) について集団的に決定するためのルールつまり立法機関の創設も立憲契約の内容となる。この生産国家を創設する契約締結段階で全員一致により生産国家は多数決ルールにより活動することができると合意しうる。全員一致をもたらすことは不可能でないが、そのための交渉費用が交渉そのものを不可能にするほど高くなることはほぼ確実であるから、政策決定費用を削減するため多数決ルールが合意される。この際、通常の多数決ルールを採用すると、安易に多数決により財産権が侵害される恐れがある。そこでそれを防ぐため三分の二以上の賛成を必要とする特別多数決ルールの採用が合意される。現代において政策が多数決民主制政治過程によって決定され、官僚制の下で執行される場合、投票者・政治家・官僚らがそれぞれ短期的視点から効用 (欲望) 最大化行動をとるため、多数者による少数者の搾取、多数派工作のための過大なコスト、政府予算の膨張、広範な課税権、国家の肥大化等の病理的現象が生じる。そこでこの現象を抑制するため立憲的な制約が合意される。この立憲構造が現状にそぐわないとき、自己利益追求行動を認めた上で、行き過ぎた不道德な行為によって利益が得られないシステムを考案し、政治的搾取を許容限度内に抑える現実的な立憲的・制度的制約を課す立憲的再交渉による憲法革命たる構造改革をすべきだとする。彼によれば、権利分配の現状と大多数の社会構成員の再交渉期待の枠内での権利のセットとの乖離が拡大した場合、政府がこの現状を強制的に維持することは困難ないし不可能である。そこでこの乖離を許容度内まで戻すよう立憲契約の再交渉がなされる。その結果将来の革命的変革による不利益を回避すべく、一定成員の犠牲のもとで一種の再配分的要素を含んだ立憲契約が新たに締結されるとする。

社会契約論を承継するブキャナンの立憲契約論は財産権をはじめ個人の権利を全員一致の合意 (社会契約) に基づかせ、立憲的再交渉 (constitutional renegotiation) による財産秩序ないし権利の動態的調整 (財の再分配) の可能性を認めるものであり、注目に値する。しかし全員一致を要件とする以上、實際上、悲惨な結果を解消する財の再配分の合意は不可能であり、その結果その悲惨な状態も正当化されてしまう。またブキャナンは民主的立法過程を経済学的に分析し、その観点から政治過程をそこに登場する政治家や役人さらには有権者も自己の利益を追求するという過程とみる。そのため政府の活動が本当に国民の利益になるかどうかについて非常に懐疑的になり、立憲契約による政府の統制を提唱する。確かに政治過程にはブキャナンの指摘するよう問題があるから、利権政治を統制する必要がある。しかしブキャナンは政治的搾取のみを過大視し、経済的搾取を無視するのであり、その見方は一面的である。

福祉国家に関し、ブキャナンも批判的であるが、この点について彼は老齢年金に焦点を当てて論じている。市民の全員一致の合意により現行の福祉国家構造における受益者に補償がなされ清算がなされた後、市民には民間企業による個人年金と公的年金との選択肢が提供され、その選択は市民に委ねられるべきだとする。この提言は福祉政策ないし制度のあり方を市民相互の合意に基づかせる点に意義があるが、しかしその合意形成を経済的なコスト・ベネフィット計算に基づかせるのはその政治的側面や倫理的側面を無視するものであり妥当でない。

次にハイエク・フリードマン・ブキャナンとは異なり、私有財産を各人が自分の人生を

意味あるものとするために不可欠である不可侵の絶対的基本権（自然権）と位置づける代表的リバタリアンとして、法学者であるR・A・エプステインと哲学者であるノージックを挙げうる。エプステインは、ノージックと同様、ロック的自然権の観念に立脚するが、公用収用を認める点でと最小国家論であるノージックと異なる⁽¹³⁾。以下においては自然権論的ノージックと帰結主義的ランディ・バーネットの最小国家論を検討する。

2 最小国家論

最小国家論は国家の完全廃止まで主張しないが、国家統制主義に反対し、限定された政府の役割を肯定する。政府の役割として国防・治安・司法（裁判）を挙げる。強制の行使を個々人の恣意的な裁量に任せず、客観的な統制の下に置く必要がある。そのため自然権を保障するために不可欠な最小国家（minimal state）が肯定される。その国家は侵略軍や犯罪者のような個人権を侵害する者の行動を阻止し、私人間の紛争を暴力的な自力救済（自然権の私的執行）により解決することを阻止する。最小国家論として哲学者のノージック及び法律家のランディ・バーネット並びに小説家のランド⁽¹⁴⁾等を挙げうるが、以下においてノージックとバーネットの理論を検討する。

2-1 最小国家を支持する自然権論的リバタリアンであるノージック⁽¹⁵⁾

ノージックは、ハイエク的な反理性論に陥らず、またブキャナンの全員一致の合意にとられずに、小さな国家ではなく最小国家を支持する。ノージックのいう最小国家とは、主として国防・治安・裁判に国家の役割が限定された国家である。すなわちその国家は主として市民を他国の侵略および市民の暴力や窃盗のような犯罪から保護し、また強制的に紛争を裁定し契約等を強制執行することを任務とする国家であり、ラサールのいう夜警国

(13) Epstein., Simple Rules for a Complex World, Harvard University Press, 1995, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Harvard University Press, 1985[R. A.エプステイン, 松浦好治監訳「公用収用論—公法私法二分論の克服と統合」(木鐸社, 二〇〇〇年)], 「公用収用論—公法私法二分論の克服と統合」において、エプステインは、ほぼ完全保障を含意する公用収用条項（アメリカ合衆国修正第五条）を援用して公共の目的で私的所有権に対してなすあらゆる形態の政府の規制に限界を画した。ここに言う公用収用は家賃統制・労働災害保障法・所得移転給付・累進税などを含む広義のものである。彼によると、私人間の自発的交換だけでは取引費用やただ乗りという問題が生じ、公共財を提供することができない。そこでこの問題を解決するために、政府は強制的交換を行う必要がある。この公共目的のための政府による強制的交換が公用収用である。当該公用収用が恣意的になされないために正当保障が要請されるとする。エプステインの法理論を考察した論考として、橋本祐子「R. A. エプステインの法理論の現代的意義と課題」(「同志社法学」第五〇巻四号, 一九九九年)がある。

(14) 自発的資金調達に基づく自発的政府論であるアイン・ランドは小説「水源」(原著一九九三年・藤森かよこ訳・ビジネス社), 「肩をすくめるアトラス」(原著一九五七年・脇坂あゆみ・ビジネス社)で利他主義や共通善を標榜する全体主義ないし共同体主義を批判し、人類の進歩に貢献する独創を生み出す自分中心主義を許容するリベラリズム(リバタリアニズム)を真・善・美のものとして描いた。

(15) Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia, Basic Books (1974), 前掲注(1)田中, 115頁, Locke, Two Treatises of Government, Peter Laslett ed., Cambridge University Press, 1690/1988[ロック, 鶴飼信成訳「市民政府論」(岩波文庫, 岩波書店, 一九六八年)], J.ウルフ, 森村進・森村たまき「ノージック—所有・正義・最小国家」(勁草書房, 一九九四年), R.ノージック, 嶋津格訳「アナーキー・国家・ユートピア」(木鐸社, 一九八五—一九八九年)前掲注(1)ノーマン・バリイ「自由の正当性—古典的自由主義とリバタリアニズム」171-207頁。

家に相当するものである。この国家は、自然状態から二段階を経て成立する。まず、自然状態では、各人は各自の自己所有権の保障を目的とする複数の任意加入の保護協会を設立する。無政府状態下の完全自由市場における様々な保護協会間の競争を通じて、警備サービス市場からやがて地域に唯一の支配的保護協会の自然独立が生じる。次にこの保護協会は自分の依頼人に対する自力救済を禁止し、それからこの禁止によって差別的不利益を被る独立人（当該保護協会と契約をしていない人）に補償するため、無料の保護サービスを提供する。これによりこの支配的保護協会は意図せず個人の権利を侵害することなく超最小国家を経て最小国家に転化する。すなわち支配的保護協会は他の保護協会に対して紛争に巻き込まれている自分の顧客と交渉することを禁止することにより超最小国家に転化する。この超最小国家は不正に対する報復や賠償の取立てを私人が行うことを禁止するが、保護と執行のサービスをそのサービスを購入した保護執行証券の購入者のみに提供するに過ぎない。さらにこの超最小国家は、本来ならば他の保護協会に加入していたと思われる者に無料の保護を提供することによって最小国家になる。最小国家は、その保護を買おうとしない独立人にも保護を提供するが、そのための費用をその他の人から取り立てる。この取立ては賠償原理によって正当化される。すなわち他人に害を及ぼす可能性があるに過ぎない行為（独立人の私的正義実行）を禁止されることによって差別的不利益を受ける者（独立人）は、他人に安全を提供するために押し付けられたこの不利益につき、賠償として金銭に代替する保護サービスを提供されなければならないからである。

このようにノージックは最小国家が権利侵害をしないで意図せず成立すると説明するが、歴史的にはそのようにして最小国家が成立したわけではない。国家は征服・侵略・闘争や意図・設計・妥協を通じて成立しているから、ノージックは国家成立における実力や意図・合意の要素を無視ないし軽視している。また補償が現金でなく保護サービスという現物で支給される点にパターンリズムの要素が見られるが、これはリバタリアンとしてのノージックの立場と一貫しない。

財産権論では、ノージックはロック的自然権理論（労働権原理論）を継承し、個人の権限を資源（財）配分の基準とする権原理論（entitlement theory）を主張する。この権理理論は財産の原始取得の原理と随意的な移転と不正行為（不正義）の匡正に関する原理により構成される。ロックによると、未所有の自然物に労働を加え、これを専有することによって、原始取得が行われ、排他的所有権が成立するとされる。ノージックの原始取得の原理は基本的にはロックの労働所有権（自己所有権の拡大した形態）を、ロックのつけた留保条件を若干修正した「他の人々の境遇が全体として悪化しない限り」という条件付で、継承するものである。しかしこの権理理論によると、私有財産の保障と契約の自由を絶対化しその結果生ずる貧富の差は正当化され、その配分状態の是正を図ることを要請するロールズの格差原理のような結果状態原理は否定されるが、これは個人の尊厳の観点から問題である。またこの権理理論は、資本主義の初期の段階で未だ占有されていない広大な土地があり、また物権が債権より機能的に優位していたときには一応の妥当性があったが、ほとんどの土地が私的に占有されていて、また所有権の帰属が労働ではなく債権契約によって決定される現代社会すなわち我妻栄が指摘した債権の優越的地位が確立された社会では、その理論的妥当性は余りない。

国家論で、利用者料金（user-fee）に基礎を置く一種の自然独占（自然発生的に市場が

独占状態になること)として成立する最小国家を肯定するノージックは、結果状態原理に立脚して財の再配分を行う福祉国家を批判する。彼によると強制的な財の再配分と私有財産権とは絶対的に両立不可能である。困窮者救済のために私有財産を制約することは、個人を他人のための資源としてあつかうことに他ならないし、労働による所得に対する課税(没収)は強制労働と同様であり、他者の労働の結果を没収することは他人を少なくとも部分的に所有することに等しい。財の最終的な分配結果を何らかの範型に合わせようとする結果状態原理は、他人に対する部分的所有権という観念を含んでいるのであり、自己所有権を侵害する。特にロールズが個々人の生まれつきの才能や能力を社会的共同資産とみなしている点については、個人の独自性に真剣に配慮せず、個人を他人の福祉の手段にしているとロールズを批判する。しかし、ノージックのように私有財産の不可侵性を強調するのは私有財産の社会性を無視するものである。もろもろの利害が対立する現代社会においては、財産権と衝突する他の利益との調整が必要であり、その観点から財産権は制約を受けざるをえないし、個人的人格と個人の財産とは主体と客体の関係であり、私有財産の制約は客体の制約であり、個人を他人のための資源として扱うことにならない。また課税は財産権を侵害するに過ぎず、個人の労働ないし自由を侵害する強制労働と同視できない。それから財に対する自己所有権を認めたとしても、それは身体に対する自己所有権とは異なりその不可侵性は認められない。確かに個人の能力等をロールズのように社会的共同資産と見るのは行き過ぎであり、個人の能力を直接的な物理的強制力を行使して本人の意思に反して再分配目的に利用するのは個人的人格ないし尊厳を侵害するものであり許されないが、個人の能力は社会の関数であり、社会のおかげでその能力行使により過分の成果である所得や財産をうる事があるし、また能力とは無関係に相続により財産を承継するから、その取得した財産から、その過分の利益や財産を社会に還元することは、その個人に不当な犠牲を強いるものではない。

前述のようにノージックは徹底的に財の再配分を否定するが、それを一貫せず、過去の正義が余りにも重大な場合には、例外的にその矯正のために短期的に財の再配分が許容されることを示唆する⁽¹⁶⁾。そうだとすると分配的正義ではなく矯正的正義(Justice in rectification)のためなら財の再配分が正当化されることになる。これは再配分を否定する最小国家論の論理と整合的でない。次に法学者であるランディ・バーネットの帰結主義的
最小国家論を検討する。

2-2 帰結主義的に自然権を正当化して最小国家論を主張するランディ・バーネット⁽¹⁷⁾

バーネットは、人々が社会の中で他の人々と暮らしながら生存し、幸福と平和と繁栄を追求することを可能ならしめるために自然権を認めるべきだと帰結主義的に自然権を正当化する。そして、国家の権力行使の弊害を強調し、分権的な最小国家論を展開するが、以下においては、やや詳細に知識問題から偏りの問題・遵守問題を経て権力問題(国家論)を論ずる彼の理論を検討する。

(16) Nozick, supra note (15), p.231.

(17) R. E. Barnett, *The Structure of Liberty; Justice and the Rule of Law*, (Oxford U. P.1998), ランディ・E・バーネット, 嶋津格・森村進「自由の構造」(木鐸社, 二〇〇〇年)。

彼は国家論を論ずる前に、社会における知識問題の重要性を指摘して、その問題を論ずる。すなわち法システムを考察するに当たって社会における資源（自分の身体も含む）利用についての知識問題が重要だとし、その知識問題を三段階に分けて検討している。第一階の知識問題は知識利用の問題である。資源が有限であるため、各人の資源配分は相互に影響を与えるが、資源配分に関する知識が社会に分散し常に变化する以上、いかにして相互の行動を調整するかという社会問題が生ずる。このレベルでは、市場における知識の分散と人間の能力の限界を考えると、社会システムとしてはその知識に最もアクセスしやすい者（個人・グループ）が自分の有し得ない他者の知識を考慮しながら個人的知識や局所的知識（集団内の知識）を利用しやすいシステムが有効である。この点に鑑みれば、この個人・団体に資源利用の決定権（管轄権）を与え、この決定権の移転を当事者の合意に委ねる分権的システムの方が集権的システムより優れている。この分権的システムの下で個人等にその知識を利用させるためには私的財産権（分散的所有権）や契約の自由・無主物先占・自衛権・損害賠償の権利を自然権として位置付ける必要がある。分散的所有権とは、希少な物的資源を獲得・占有・使用・処分する権利である。その資源の利用は他人の資源の利用・享受を物理的に侵害しない限り自由である。その所有権の譲渡は自由だが、自らの身体に対する所有権は譲渡できない。そしてこれらの権利内容や発見された知識はあらかじめ人々に伝達されないと、これらの権利は実効性がないから、第二階の知識伝達の問題が生じる。この問題を解決するために正義の情報は法的規定として、一般性等の合法性の形式的諸要件つまり法の原理の諸原理を充足しなければならない。権利の強制的交換は強制された権利主体の知識を考慮に入れられないため、また詐欺は資源の保有が騙された一方当事者の知識を反映しないため禁止される。自然権（正義の諸原理）は具体的な時・場所・状況に関する個別的な事実から一般化されたものであるから、その内容は極めて抽象的である。そこで人々の行動に指針を与えるためには、もっと個別具体的な法的ルールを定立して、それを社会のすべての人に知らせなければならない。そこで正義（権利尊重）に関する抽象的諸原理から直接演繹できない、特定された行動指針となるルール（規定）を確定するという問題が生じる。これが第三階の行動指針に関する知識問題である。この問題を解決するためには、理論家は自分の無知と限界を自覚し、積み重なる裁判（決定）ないし合意によって形成されて進化するコンヴェンショナルなルールの進化過程（コモンロー過程）に委ねるべきであるとする。確かにバーネットの言うように、資源配分に関する知識問題は重要であり、行動指針となるルールの確定をコモンロー過程に委ねる面もあるが、そのみに委ねず、理論家や立法者は自分の無知と限界を自覚しながらも行動指針となるルールを諸国のルール等を参考にしながら確定すべきである。

次にバーネットは偏りの問題を検討する。バーネットによると、人々が他者を犠牲にして自分自身ないし自分に近い人の利益になるよう偏った判断をする傾向があるので、偏りの問題（部分性の問題）が生じる。この問題は、この傾向を考慮して、いかにして関係の薄い他者の同様な利益を考慮に入れるかという問題である。分散的所有権は偏った意思決定の効果の範囲を制限し、また同意による移転という原理は他者の利益を考慮に入れることを余儀なくさせるし、更にこの権利ないし原理は偏りに対する効果的な抑制と均衡の体系を可能にする。これに対し法曹の逸脱に対する警告センサーとしての法の支配は偏りを破ることを容易にし、正義を執行する責務を有する者（法曹）が偏って行為することを難

しくするとする。ここにおいてバーネットが分散的所有権システムと法の支配が偏りを抑制するとする点は了解しうるが、同意による移転という原理により他者の利益を考慮に入れうるという点は納得できない。契約当事者の一方は、生きていくため自己に不利益でもその契約を締結する必要があるため不本意ながら同意する場合があるから、形式的な同意に基づく相手側の保護には大きな限界があると解すべきである。

次にバーネットは人々が自己の利益になると考える行為が他人の権利と衝突する場合に遵守問題が生じるとする。この問題は、正義や法の支配が要請する行為が各自の近視眼的利益と衝突する場合に、いかに法の遵守を確保するかという問題である。緊急事態下の行為や金銭的ないし心理的利益のための行為が正義と衝突する場合、その衝突の問題を解決する必要がある。それは通常、社会化の過程により解決されるが、それで解決されない正義と自己利益とのギャップは権利侵害の前においては、予防・自衛のための実力行使が認められる。事後的には被害者は損害賠償の権利により、侵害者に対してその損害賠償の義務の履行を強制しうる。そしてこの取立てをする責任を諸団体の創出は正当化されるとする。ここにおけるバーネット議論にはほぼ異論はないが、権利侵害に対する予防・自衛のために広く実力行使を認める点は同調できない。なぜならその肯定は社会秩序を乱すからである。

この実力行使の容認は、バーネットによると権力問題を生じさせる。権力問題は法執行の誤りの問題と法執行の乱用の問題に分けられる。諸ルールの遵守を実現するために実力を行使する必要があるが、誤った判決により無実の人に不当な実力が行使され、その者に不当にコストが賦課される場合に、法執行の誤りの問題が生じる。この危険を真剣に考慮すると、権力行使を正当化する諸権利は善でなく必要悪である。従って必要悪としての権利の種類はできるだけ限定すべきであるとする。しかし、バーネットは義務者から見て、義務者に不利益を課す権利を必要悪とするが、権利者からすると、権利行使は正義を実現するものであり、権利は必要悪ではない。

彼によると、刑事司法の目的は、犯罪被害者の権利を回復することである。民刑分離の法システムの下における現行の刑罰制度は犯罪被害者の救済に役立たない。さらに刑務所の管理・運営のコストは拡散されたとしても、税金と言う形態で被害者が負担することになる。更に刑罰による犯罪抑止効果はそれほど高くない。加害者にとって犯罪による利益が刑罰による効果を上回ることがあるし、手続的保障により刑罰に科されるのが遅れると刑罰の抑止効は減少するからである。そこで犯罪つまり被害者に対する権利侵害に対処するために刑罰を用いるより純粹損害賠償（逮捕・裁判等の法執行の費用を含む）と拡大自衛の方が被害者救済および犯罪予防に効果的である。損害賠償については、資力のない加害者が問題となるが、雇用プロジェクトに拘束され、そこで得た賃金の一部が被害者の損害賠償に当てられる。また損害賠償システムは被害者が法執行機関に協力するインセンティブを高め、また法執行機関は支出の支払いを受けるため犯罪の解決へのインセンティブを高める。かくして逮捕率および法的制裁が科される確率が高まり、その向上は、抑止刑的な重罰化より犯罪予防に資する。それから拡大自衛権は犯罪者の犯罪行為を抑制するとする。しかしバーネット刑事司法の目的を、犯罪被害者の権利を回復することと把握するのは問題である。応報的正義ないし責任主義の観点からすると刑事司法の目的は犯罪に対する責任追及である。犯罪予防は責任の範囲内で認められるに過ぎないのである。したがっ

て、彼の立論はその前提において妥当でない。

犯罪予防に関し、彼によると分散的所有と契約自由に基づく法執行機関の自由選択は犯罪予防に資する。すなわち分散的所有は公的所有と異なり、犯罪予防のために警備サービス等に投資するインセンティブを作り出し、また危険な人が危険な行動をする前に排除しうる。契約の自由はより法執行機関は市民のニーズにそうようそのサービスを提供せざるを得ないとする。しかしバーネットの論理によると会社町のような大規模な分散的所有の場合、危険でない人が危険な行動をしないのに、その所有者の恣意により所有地から排除されてしまう問題が生じる。

彼の言う法執行の乱用の問題は誰が見張りである法執行機関を見張るのかという問題である。ここでは、誰に権力を委ねるか、法執行機関の篡奪・腐敗をどう防止するか法執行機関が不当に正統性をまとうのをどう防ぐかが問題となる。この解決のために互酬性・抑制均衡・退出の力という三原理を反映した多中心的立憲秩序が構想されるべきであるとする。この構想の下では、バーネットは、裁判所に裁判権を独占させるべきではないとする。彼によると、同一地域において単一司法システムの独占は不効率で望ましくない。むしろ複数の司法システムが自らの経費を強制ではなくサービスに対する対価として提供する競合する司法システムの方が望ましい。より良いサービスが各司法システムの正統性をめぐる競争によりもたらされるとする。この競合型司法システムは自由主義の観点から望ましい多中心的立憲秩序に整合的であるとする。しかし、バーネットの想定とは異なり、司法の民間開放による過当競争により劣悪な司法サービスが提供されるおそれがあるから、バーネットの論理は一面的である。以上からするとバーネットの構想は権力のマイナス面を強調しすぎたため、権力の利害調節機能を看過したものといえよう。

次に徹底的に個人の自由（自己所有権の不可侵）を追求し、司法システムの国家による独占をも認めないどころか、国家権力の解体をも志向する無政府資本主義（アナルコキャピタリズム）を検討する。

3 無政府資本主義⁽¹⁸⁾

無政府資本主義とは、物理的強制力を行使する国家を廃止して、国家機能を個人の自発的な交渉・取引・交換により形成される自生的秩序である市場の機能に委ねようとするも

(18) ロスバード及びD. フリードマンの著書以外の文献として以下のものをあげ得る。翻訳として、ピエール・ルミュー、渡部茂訳「無政府国家への道」(春秋社、一九九〇年)、前掲注(1)ノーマン・バリー「自由の正当性—古典的自由主義とリバタリアニズム」208頁-244頁、研究としてデイヴィッド・アスキュー「リバタリアニズム研究序説(一)(二・完)」(前掲注(2))、同『治安・司法の市場化—無政府資本主義について』「市場の法哲学：法哲学年報一九九四」(有斐閣、一九九五年)、「倫理的リバタリアニズム」(有賀誠・伊藤恭彦・松井暁編、「ポスト・リベラリズム」所収、ナカニシヤ出版、二〇〇〇年)、尾近裕幸「経済的リバタリアニズム」(同書所収)がある。なお笠井潔は「国家民営論」(光文社、一九九五年)で本邦初のリバタリアン国家論を展開している。すなわち彼は個人の自律を強調し、安楽死と自殺の権利や個人武装権と決闘権を肯定する。また立法権の解体、自衛隊を解体しそれに代わる市民軍を創設するということ、私立裁判所の設置、警察と刑務所の民営化、教育の民営化、税金の撤廃等を主張する。これらの点で、彼はアナルコ・キャピタリズムの提唱者といえるが、出発点の平等の観点から遺産相続の禁止や育児費用の社会負担を主張する点で平等主義者である。それから皇室の廃止ではなく宗教法人としての皇室の創設で皇室の存置を図っているが、これとアナルコ・キャピタリズムとの関連は明らかでない。以上からして、彼のアナルコ・キャピタリズムは、一般のものとはかなり立論を異にする。

のである。国家の活動は国民の同意なしで行われる強制的で侵略的なものであり、許容されないものである。無政府資本主義は古典的自由主義とアメリカ独特の思想たる個人主義的無政府主義とが結合したものである。この立場は私有財産制を全面的に是認し、利己主義をよりどころとする市場原理に大きな信頼を置くものである。以下において代表的無政府主義者である D. フリードマンと M. N. ロスバードの見解特に D. フリードマンの見解に重点をおいて検討する。

3-1 功利主義的・帰結主義的無政府主義者である D. フリードマン⁽¹⁹⁾

D. フリードマンによると、資源の希少性の下で各人が異なる目的を追求していることにより一定の財産制度が必要になり、しかも他人に対する従属を回避するためには、私有財産制度が帰結される。この私有財産制度と自由市場は自由のためのメカニズムであって、複雑で相互依存的な世界で各人が自分の資源を用いて自分にふさわしいと思う仕方ですららの生を送ることを可能にするメカニズムであるとする。しかしこのメカニズムは、D. フリードマンのいうように個人の自己実現を可能にするが、多面において自由競争に負けた敗者の自己実現を困難にする。この敗者の再チャレンジを可能にするため政府の援助が必要である。

次に D. フリードマンによると、各人が他人に自分の目的達成に助力させる方法として愛情と交易と実力（暴力）の三手段があるが、一般的に暴力は是認できないし、愛情は家庭等の限られた領域でしか有効でなく、広い領域で円滑に相互の目的を達成するためには交易（自発的交換）が有効である。この交換は当事者の利益を生むから自発的になされる。この交換に対する権力的介入は自発的交換を妨げ、当事者の潜在的利益を消滅させてしまう。したがって、この介入を認めず、自由を増加させることが総効用（利益）を増加させる傾向にあるから、権力的介入をする政府は廃止されるべきだとする。確かに当事者が対等の立場にある場合には、相互の利益を図らなければ契約が成立しないから、自発的交換は両当事者に利益を与える。しかし両者の立場の強弱の差があり交渉力に差があるときには立場の弱い労働者等は不利な契約を感受せざるを得ない。両者に利益を与えるためには政府が立場の弱い者を保護する必要がある。

彼の国家観によると政府（国家）とは強制的支配ないし搾取の手段であるが、合法化された強制的手段である。政府がギャング等の強制者と異なるのは市民により正常で正当なものと受容されている点にすぎない。強制的支配をする政府は正当化できるいかなる機能を持たない。一般に承認されている政府の徴税行為といえども許容されない。なぜなら課税行為は市民の同意なく市民の財産を奪っているのであり、その行為は強盗行為であるからである。確かに政府は税金と引き換えに公的サービスを提供する。しかし政府は市民がそのサービスを望んでいるか如何にかかわらず、一方的に課税するのである。従って一方的に強制される市民はやはり税金を払う必要がないのである。その他の政府行為も認められないから、政府は廃止されるべきであるとする。ここで D. フリードマンは強制的支配の観点から政府とギャングとの共通点を強調するが、政府は民主制の過程を経て形成さ

(19) D. Friedman, *The Machinery of Freedom, Guide to a Radical Capitalism*, 2nd ed, Open Court (1989),
デイヴィッド・フリードマン, 森村進・関良徳・高津融男・橋本祐子訳「自由のためのメカニズム」(勁草書房,
二〇〇三年)。

れるものであり、そのような民主的手続きに基づかないで形成されるとギャング等とは全く異なる。また課税行為は一方的であるが、そのような課税権は国民が授与したものであり、全くの権限のない強盗行為と徴税行為とを同視できない。要するに D. フリードマンは民主的手続きによる自己統治の意義を無視しているといえよう。

かりに政府が廃止された場合、政府が担った役割特に公共財の提供がどうなるか問題となるが、D. フリードマンは公共財の提供等の政府の行為は自発的に協力し合う民間人によってより良くなされうると主張する。彼は、ダム建設を例にとり公共財の提供は政府より民間の方が効率的になしうることを例証しようとする。すなわち政府の場合、下流の住民が感じる便益がダムの建設の総費用を下回る場合でも、ダムを建設してしまうことがあるが、民間のダム建設会社が受益者全員を集めその受益の程度を考慮して費用負担を求め、それを受け入れる全員一致の契約がなされれば、そのダムは建設されるが、そうでない場合にはその建設はなされないとすれば、効率的なダム建設は可能だとする。もっとも受益者の数が多い場合、この方法は無理であろう。その場合彼はその会社が受益者の土地を買い上げ、ダム建設後、その土地をダムによる便益の増加を反映する価格で売り出せばよいとする。しかしこの D. フリードマンの例証は現実的でない。ダム建設の場合、莫大な取引費用（情報収集・危険負担・契約の実行の確認等に伴う費用）がかかり、営利を目的とする民間企業が行うのに大きな困難が伴うからである。

また D. フリードマンによると、治安サービスの場合、民間の警備会社の方が競争原理により警察よりももっとニーズにあった良いサービスを提供するとする。しかし地方や僻地では採算が合わないため、そのような地域では民間の警備会社の治安サービスの提供は期待できない。それから社会保障に関し、D. フリードマンは批判的である。彼によると政府の老齢年金は貧しくない人の方がより貧しい人よりはるかに有利なシステムになっている。貧しくない人は金を受け取る期間（平均寿命）が長いのに働き出すのが遅いため年金をかける期間が短いからである。この点は D. フリードマンのいうように問題だが、そのことは直ちに老齢年金の廃止を帰結せず、そのシステムを改善し、貧しい人により有利なものにすれば足りる。また D. フリードマンによると、農産物（特に穀物）価格を高くつり上げる政策は消費者に対する逆進税的效果がある上、大農民の方に小農民より大きな利益をあたえたとする。確かにこの政策は、D. フリードマンのいうように大農民を優遇するに過ぎないから、止めるべきである。そのかわり生産的な小農民を援助する政策を導入すべきである。最低賃金法に関して、D. フリードマンは非熟練労働者の失業の増加をもたらすから廃止すべきだとする。確かに最低賃金法がこのような失業を招き、一面労働者に不利に見えるが、実際最低賃金法が廃止されると、極度に賃金が低下し、長時間の低賃金労働が常態化する恐れがある。そこで最低賃金の維持と失業の回避のためには最低賃金を支払えない弱小の事業主には雇用助成金を支給して雇用の促進を図るべきである。結局、社会保障は経済的弱者の利益にならず、廃止すべきであるという D. フリードマンの主張は短絡的である。社会保障の問題点を洗い出し、それを地道に改善するのが現実的である。

3-2 自然権的無政府主義者である M. N. ロスバード⁽²⁰⁾

ロスバードは、D. フリードマンと異なり自己所有権を最も基礎的・根源的な自然権と把握し、その保障のため政府の廃止を主張する。そして自由を行為の自由ではなく財産権と把握する。しかしロスバードのように自由と財産権を同視するのは両者の概念的区別を無視するものであり妥当でない。財の帰属について、ロスバードは、財に対する労働の付加により所有権を取得しようという労働所有論によって正当化し、その取得した所有権の移転は随意的交換によってなされるとする。そして国家が、交換に干渉しなければならないほど平和的交換がなされ、それにより財産の蓄積とともに一般的自由の増加が可能になるとする。確かにロスバードの主張するように、経済活動に国家が介入しない方がよい場合があるが、市場メカニズムが十分機能しない場合には、国家がその調整を行う必要がある。ロスバードも身体を自己所有権の対象とするが、自己の身体に対する将来の意思を譲渡できないから、奴隷契約は認められないとする。この点は個人の自律の観点から妥当である。またロスバードによると、強制による財の移転は不法行為ないし犯罪である。国家＝政府は国民の身体と財産を強制的に奪う最も組織化された侵略者＝犯罪者集団（犯罪組織）である。国家はその犯罪的活動をレトリックでごまかしてきた。国家は無数の人の殺害を戦争、国民の軍隊への隷属を徴兵、国民からの強制的な金の奪取を課税と呼んできたのである。しかしその本質が犯罪である以上、公共財の提供を含むあらゆる政府活動は平和的市場への不正な暴力的な介入であり否定される。司法・国防・治安といった政府活動でさえ国家に独占させることは不要であり、市場における自由な活動によって十分供給可能であるとされる。確かに国家は搾取機能を有するから、ロスバードの指摘は全面的に妥当しいとはいえない。しかし、国家は利害調整機能や社会的公平を図る機能も有するから、その搾取機能のみを強調して国家行為を犯罪行為と同視するのは不当である。それから、人権を保障するシステムである制限された政府に関し、ロスバードは制限された政府は歴史的に存在しなかったし、仮に存在したとしても、公務員の利益追求活動により政府は肥大化するため政府の役割を望ましい範囲に制限される保障はないとする。しかし、制限された政府に対するロスバードの認識は主観的である。結局、ロスバードの理論は、現実の政府機能の病理面を分析する批判的判断基準にはなりうるとしても、現実的な処方箋を提供するものではないといえよう。最後に日本の代表的な自然権的リバタリアンである森村進の多元説を検討する。

4 自然権的古典的自由主義者である森村進⁽²¹⁾

森村は、自然権を大部分の人が持っている道徳的直感によって根拠付けるとともに、帰結主義的な議論もする。森村によると自己所有権理論とは各人は自身の身体と能力の道徳に正当な所有者であるがゆえに他人を侵害しない限り、その能力を自分の好きなように用いる自由があると考える考え方である。この自然権である自己所有権は狭義と広義のものがある。狭義の自己所有権とは自分の身体や諸力は自分のものだという場合の権利（自分の身体や自由への絶対的な権利）である。この狭義の自己所有権から導出される広義の自己

(20) M. N. Rothbard, *For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*, Rev. ed, University Press of America (1994), *The Ethics of Liberty*, New York University Press, 1998 [マリー・ロスバード, 森村進・森村たまき・鳥澤円「自由の倫理学」(勁草書房, 二〇〇三年)]。

所有権とは私の労働の成果と代価は私のものだという場合の権利（無主物先占や市場取引による労働の産物や代価への財産権）である。この権利は、財産を所有者の人格の延長物と見ることにより、また財産の経済価値を創造したことに基づき正当化される。このように、人格的権利と狭義の経済的権利は密接な関係を有する。森村は自然権たる財産権を自己所有権・功績・一体化・効用・効率等により多元的に根拠付けるが、重要な根拠はこの自己所有権である。広義の自己所有権たる所有権ないし財産権は自然権でありながら比較的広範に制限されるとする。すなわち、森村は有効利用の観点から空港・道路・公園等の公共財を提供するため非生産的な農地等の公用収用を認めるし、また人道的考慮に基づく最低限の生存権によってある程度政策的（外在的）に制約されるとする。

しかしこのような公用収用を容認することは、森村の主張する財産権の自然権性にそぐわない。森村の立場からすると、公共財の提供は民営化で対応するのが筋であろう。また人道的観点から最低限の生存権の保障は実質的には社会権たる生存権を認めたことになるから、彼の自己所有権テーゼと整合的ではない。それからこの立場は土地のような有形物や身体に焦点を当てて理論構成をするが、現代社会においてその価値が高まっている無体財に余り関心を示さないのは、問題である。

森村によると、自己所有権から導かれる自由は自己の所有するものを処分する権利である。この自由は理性的・自律的個人の人格を尊重する観点からではなく生理的・直感的な身体感覚を尊重する立場から擁護される。例えば健常者から片方の眼球を摘出して、それをくじで盲目の人に移植する事例（眼球くじ）において、この移植が健常者にコスト（犠牲）を強いても盲目の人のベネフィット（利益）がそのコストを上回っても、森村は眼球くじが生理的直感に基づく自己所有権を侵害するとしてそれを認めない。

しかし、この森村の立論は問題がある。すなわち所有権概念は、所有者たる権利主体と所有物たる権利客体の区別を直観的に前提とするが、自己所有権の場合、主体たる自己と客体たる身体との区別はできないし、少なくとも、その区別はあいまいである。身体に対する権利は森村のいう自己所有権ではなく人格権と把握するのが概念上妥当である。人々が眼の角膜に対する自己所有の直観を共有しなくても、その人の意に反する角膜の処分が認められないのは、当該処分がその人の人格を侵害するからである。また臓器等の身体に対する所有権の絶対性から演繹的に労働に関する所有の絶対性を導くことはできない。身体に対する所有の直観の揺ぎ無さは労働の生産物の所有に対する直観の場合にはないと考えられるからである。一般に身体の方が財産より重要な利益であり、身体の完全性の喪失と財の喪失の場合に受ける悲しみに質的な違いがあるからである。以上より森村の主張する広義の自己所有権により自然権としての財産権を根拠づけることは困難である。

(21) 森村進「財産権の理論」(弘文堂、一九九五年)、「自由はどこまで可能か」講談社現代新書(講談社、二〇〇一年)、橋本努『自己所有権型リバタリアニズムの批判的検討』「リバタリアニズムと法理論：法哲学年報二〇〇四」、一九頁―二六頁、立岩真也「自由はリバタリアニズムを支持しない」同書四三頁―五五頁、橋本祐子「リバタリアニズムの法理論」同書六四頁―七四頁(有斐閣、二〇〇五年)、マクファーソン、藤野渉等訳「所有的個人主義の理論」(合同出版、一九八〇年)、C. A. Cohen, *Self-ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, 1995[コーエン、松井暁・中村宗之訳『自己所有権・自由・平等』(青木書店、二〇〇五年)]、立岩真也「私的所有権」(勁草書房、一九九七年)、桜井徹『現代リベラル・デモクラシー下の個人』日本法学会「知的資源としての戦後法哲学」(有斐閣、一九九九年)、中島徹『市場、規制、憲法』憲法理論研究会編「現代行政法と憲法」(敬文堂、一九九九年)。

三 日本国憲法の新自由主義的解釈とその問題点⁽²²⁾

日本の憲法学界において新自由主義（リバタリアニズム）はシリアスに受け止められていない。その理由は主として日本国憲法が財産権を公共の福祉により制約し（29条2項）、しかも社会権を明文で保障していること（25条以下）によるものと思われる。確かに日本国憲法の制定に関与したニューディーラーたちは財産権制約を容易にする財産権条項を第29条に結実したといえるし、また第31条から財産権という言葉が削られた理由もアメリカにおける実体的デュープロセスによる財産権保護の苦い経験を考慮したものであると推測されるから、この憲法の下では市場主義的財産権を強調する新自由主義を正当化するのは容易ではない。しかし自己決定権を強調する新自由主義は未だに個人の自己決定ないし自律が余り尊重されない日本においては意義がある。また新自由主義は福祉国家におけるパターンリズム的な個人の自由への権力的介入の問題性を指摘するが、その指摘も看過できない。そこで以下においては日本国憲法を穏健な自然権的新自由主義の観点から体系的に解釈するとともに、その問題点を指摘する。

日本国憲法の基本原理として国民主権・人権尊重主義・恒久平和主義・法の支配・権力分立主義を挙げうるが、極度に自由を尊重する新自由主義の立場からすると、一般に日本国憲法の三大基本原理の一つであるとされる国民主権原理は自由への国家権力の介入を正当化する面があり、危険であるから、新自由主義の観点からは三大基本原理の一つと位置づけることは問題となる。国家権力から最大限自由を保障しようとする新自由主義からすると、自由尊重主義と自由保障原理たる法の支配と自由主義原理である権力分立原理を憲法の三大基本原理と把握すべきである。国民主権原理は、法の支配と権力相互の抑制・均衡を図る権力分立主義により厳格に制限されることになる。そうすると国民主権原理による人権の実質化も阻害されてしまうという問題が生じる。平和主義に関しては、個人の自衛権は団体的ないし国家に信託しうるから、国家は、この委託された自衛権を行使しうる以上、自衛権を行使する自衛隊は合憲とされる余地がある。しかしその解釈は非武装平和主義（9条2項）と整合的ではない。

新自由主義の観点からは人権は自然権たる自由権中心に保障される。この自然権は自然人たる個人に帰属するから、法人の人権は否定される。しかし、法人の人権を保障することにより国家権力の人権侵害をより抑制しうる面があるから、その観点から法人の人権を認めるべきである。新自由主義からすると人権（自由）は最大限保障されるべきであるから、他者の人権ないし利益を害しない限り保障されることになる。したがって経済的自由を含めて人権は自由国家的公共の福祉によって制約されるに過ぎない。しかし、経済的自由は弱者保護等の観点から社会国家的公共の福祉によって制約する必要があるから、人権の政策的制約も認めるべきである。

新自由主義によると、包括的人権たる自己所有権は、日本国憲法では一般的な自由権の性格を有する幸福追求権（13条）として位置づけられる。身体所有権（狭義）は基本的自

(22) 愛敬浩二『憲法学はなぜリバタリアニズムをシリアスに受け止めないのか?』「リバタリアニズムと法理論：法哲学年報二〇〇四」, 七六頁一八三頁（有斐閣, 二〇〇五年）, 「市場主義財産権論の批判的検討」(法の科学二九号, 五〇頁一六二頁, 二〇〇〇年), 長谷部恭男『それでも二重の基準である』憲法理論研究会編「現代国家と人権」(敬文堂, 一九九五年)。

由であり、自己決定権は最大限保障される。したがって同性愛の自由・麻薬使用の自由・臓器売買の自由等も幸福追求権によって保障される。この点は新自由主義的解釈の利点である。自己所有権の処分の自由を強調すると、奴隷契約の自由も肯定される余地があるが、それは個人の尊厳を侵害するから否定すべきである。新自由主義は自由権を最大限保障するため、それを制約する実質的平等を否定する。したがって法の下での平等（14条）は、自由と両立する形式的平等（機会の平等）を保障するに過ぎないことになる。しかしそれでは自由の実質化を図れないという問題が生じる。

新自由主義的理解によると、身体・精神に対する自己所有権の具体化が思想及び良心の自由・表現の自由・信教の自由等の精神的自由権・経済的自由・人身の自由である。第18条はこの自己所有権テーゼの控えめな表現である。この条項により徴兵制は否定される。これらの点について問題はない。問題は二重の基準を否定する点である。新自由主義的観点からすると、財産権の不可侵性及び精神的自由と経済的自由の密接性や自己決定という面での同質性から、精神的自由の優越的地位を根拠とする二重の基準は否定される⁽²³⁾。しかし、かりに経済的自由を不可侵の自然権と把握しても、それが展開される市場で価格メカニズムが機能するためにはその機能を害する経済活動は法的に規制されざるを得ない。思想の自由市場ではそのような規制は不要である。また生活手段でない生産手段については公共の福祉の観点からより広い制約が必要だし、両者が密接な面を有することがあるとしても、その侵害は民主制の過程に異なった効果をもたらすし、営利追求のため生命・身体の侵害をも顧慮しない恐れのある経済的自由とその恐れのない精神的自由とは社会侵害性において性質を異にする。それから、政府が精神的自由特に反政府的言動を恣意的に規制する危険は経済的自由の恣意的制約より大きい。したがって両者を同一視し、二重の基準を否定し両者に厳格な基準を適用するのは妥当でない。社会権についてみると、福祉国家批判の観点から、福祉国家を根拠付ける社会権はプログラム規定と解されることになる。しかし、それでは社会権を明文で規定して社会国家を標榜した憲法の趣旨は没却されよう。以上を踏まえて次に主として穏健な自然権的新自由主義の特徴を明らかにする。

四 新自由主義の特徴⁽²⁴⁾

新自由主義は個人主義・個人の尊厳に立脚し、自然権保障ないし効用（総便益が総費用を上回ること）の観点から個人の自由（外から強制のない消極的自由）特に経済的自由（私的財産権）を尊重する。人間の不完全性や理性の限界を認識して、その人間像は近代法が想定した強い個人ではなく、多様な価値観を持つ抽象的な人間と把握される。その個人に帰属する中核的な人権たる自己所有権とは、自分の肉体・精神（能力）を排他的に支配する権利である。その身体に対する自己所有権から物的資源に対する自己所有権（財産

(23) 井上達夫『第7章』（碧海純一「現代日本法の特質」、放送大学教育振興会、一九九一年）、前掲注(21)、森村進「財産法の理論」一五五頁以下。

(24) デイヴィッド・アスキュー「『治安維持の市場化』の可能性」（「情況」八・九月号、一九九六年）、「私生活自由放任主義—『擁護できないものを養護する』を手がかりに—」（「政治経済史学」第三七三号）、桂木隆夫「自由社会の法哲学」（弘文堂、一九九〇年）、森村進「リバタリアニズムの人間像」「シンポジウムの概要」「リバタリアニズムと法理論：法哲学年報二〇〇四」、五頁—一六頁、一一二頁—一二七頁（有斐閣、二〇〇五年）。

権)など、他の個人権が派生するから自己所有権は個人権の基礎となる権利であり、直接自由権に結びつくものである。各人は無主物先占や労働により必要や望みを充足するための財物を獲得する。財物の交換は当事者に利益をもたらすため、自発的合意に基づいてなされる。契約の自由はその財物を交換する権利である。

自己所有権を強調するから個人の生活において完全な個人主義が貫徹し、多様な価値観を持つ個人の自己決定権が広範に認められる。例えば妊娠中絶の自由・生殖の権利・性的決定権ないし性的自由・多様な婚姻の自由・シートベルトを締めない自由・自殺の自由・ポルノの自由・ギャンブルの自由・麻薬（ヘロイン・覚せい剤等）の自由・売春の自由等が認められる。つまり国家の後見的立場を否定し、奈落の底に落ちる権利（right to go to hell）まで認めるのである。自由の尊重のため自由を対立する面を持つ実質的自由は認められず形式的平等（機会の平等）が保障されるに過ぎない。

社会の中に分散している有用な知識を有効に活用できない設計主義的・垂直的秩序を批判し、自生的秩序である自由競争市場の有効性を強調する。価格の情報伝達機能に基づき効率的な資源配分をもたらす自由競争市場を最大限尊重することを主張するのである。福祉国家については、そこにおける国家活動の非効率性を指摘し、ケインズの景気対策を批判し、官僚による経済統制に反対する。自由競争の結果生じる貧困問題ないし格差問題に対して国家権力による財の再配分で対処するのは妥当でないとする。強制的再分配は恣意的であり、生産へのインセンティブを失わせるし、また福祉国家が目指す社会正義の内容は恣意的であり、特定の政治勢力や利権集団ないし圧力集団に利用されるにすぎない。また福祉政策はその受益者の国家に対する依存性を高め、その自助努力を妨げる。すなわち社会的・経済的弱者を救済する福祉国家的政策は、国家権力を強化しその一層の介入をもたらすし、福祉の権利は他の正当な基本的権利（自由権特に財産権）と衝突する。福祉国家的パターナリズムは、自尊心や個人の自律・自助・責任・労働意欲などの観念を弱め、依存的文化・一層の貧困化を生み出すし、団体や家族等による自発的な相互扶助・援助を妨げる。そうであれば困窮者の救済は博愛に基づく慈善・慈悲の問題とし、国家による社会保障ではなく個人ないし慈善団体の自発的活動である慈善活動⁽²⁵⁾に委ねればよいとする。また新自由主義は個人の自由を拘束する共同体優先主義（集団主義ないし全体主義）に対抗するものである。それから新自由主義は個人の自由の前提である平和を重視する。しかしこれは無抵抗主義を意味しない。侵略的な暴力の先制行使は認めないが、拡大自衛（通常認められる正当防衛より広い概念）・報復のための強制力の行使は正当化される。この自衛権等は、保護協会等の第三者に委託され、その委託を受けた保護協会はこの種の合意に基づく強制力を行使しうる。その発展形態たる最小国家もこの強制力を行使しうる。し

(25) アメリカにおいては、慈善活動や隣人愛の文化が成功者の責務の自覚と重なり、社会に根付いている。例えば米国の著名な投資家であるW・バフェット氏が資産370億ドル強を慈善活動に寄付する。そのうちの300億ドル強をB・ゲイツ夫妻が運営するビル・アンド・メリンダ・ゲイツ財団に委ねる。これにより資産600億ドルという巨大な慈善団体が生まれる。米国の連邦法の規定に従って財産の5%を年間の活動費に回すとすると、30億ドルもの資金を活用できる。この額は国連のユネスコの年間予算6億ドル強の約5倍弱である。同財団は年間の拠出資金の6割を医療分野に振り向けている。2006年8月9日には、同財団は、世界エイズ、結核・マラリア対策基金（世界基金、ジュネーブ）に5億ドル（約580億円）を寄付すると発表した。この寄付により世界基金への寄付は累計6億5000万ドルとなる（日本経済新聞2006年8月11日朝刊等）。この強力な慈善活動は大きな社会貢献をなすであろう。

かし個人の自由の最大の敵はその自由の強度の侵害をなす国家であるから、その自由の最大限の保障を目指す新自由主義は物理的強制力を行使する国家を廃止し、それが不可能なら国家権力を最小化し一般的・形式的な法の支配及び、権力分立によりその権力行使を厳しく統制しようとする。そこで強制反対ないし自己所有権尊重という立場から自己所有権を侵害し納税者を奴隷視する課税を否定ないし制限し、税制に関し反税金（利用者料金等で代替）少なくとも反累進税（自発的に支払われる税金・比例課税等）の立場をとる。社会保障制度に関しては小さな政府論者は制限的に認めるが、無政府資本主義者と最小国家論者は全面的に反対する。特に無政府資本主義者は裁判に関してはその民営化を主張し、刑罰に関してはその応報性を無視してその損害賠償化を図るべきとする。大まかに言うところのような特徴を新自由主義は有するのである。

五 結び～新自由主義の意義と問題点

新自由主義は経済的効率の観点から国家活動の非効率性と市場の効率性を明らかにし、規制緩和・民営化を理論的に基礎付けた。また個人の自律と尊厳の観点から自己所有権の重要性を指摘し、権力がその権利を侵害する福祉国家を批判した。すなわち国家は強制的に財の再配分を行い、財の所有者の権利を不当に侵害し、他方福祉政策にその受益者を依存させ、その自尊心や個人の自律・自己責任の観念を弱めている点を指摘した。国家が福祉原理を具体化する福祉政策を展開するだけでは問題があり、民間も福祉という公的サービスを提供すべきである。福祉に対するニーズや幸福の具体的意味・内容は個人ごとに異なるのであるから、国家権力が一方的に福祉の提供を行うのは妥当でなく、その提供は究極的には個々人の自律的選択と相互の合意に基づかせるべきである。このように新自由主義は個人の自律・自己決定を重視する点に意義がある。

確かに、個人の私的な事柄について自由に決定する権利は最大限保障すべきである。しかし営利を追求する経済的自由の場合、利益至上主義のため他人の権利ないし利益を侵害する危険性が高いから、それを自己決定権と位置づけても⁽²⁶⁾、私生活上の自己決定権と異なり、より大きな制約に服さざるを得ない。また新自由主義は、自己所有権を絶対化し、その自然権性ないし重要性を強調するが、その強調は生きる権利である社会権を形骸化し、特に社会的・経済的弱者の生存を脅かす。また新自由主義は福祉国家における再分配政策が自由を制約すると批判する。確かにそういう一面は否定できないが、他面においてその政策が自由を実効的に行使できない人々特に社会的・経済的弱者が自律的に選択の自由を行使するのを担保する側面を有することを新自由主義は無視している。新自由主義的政策の展開は福祉国家を形骸化し貧富の格差を拡大し、社会的規制の緩和により労働条件の劣悪化や安全の無視をもたらすものである。その経済的効率至上主義は効率追求による公的サービスの質の低下をもたらす。また国民権原理の下では公的サービスは民主的過程を通じて表明される国民の意思ないしニーズに基づいて提供されるべきである。予定調和的市場万能主義は市場経済（原理）の限界すなわち市場の失敗を軽視ないし無視するものである。

以上からすると新自由主義の意義を踏まえ、国家権力を制限し最大限の私的自由の尊重

(26) 前掲注(21)中島徹『市場、規制、憲法』38頁。

を図るべきであるが、市場システムないし営利企業の有効性の限界を認識し、自立心を促進する弱者保護政策を展開するとともに、営利企業と公益企業との中間形態である社会的企業⁽²⁷⁾の活用を図るべきである。

(27) 社会的企業という用語は、欧州で1990年代初めから使われ始めたが、統一された定義はない。一般的には社会的企業は地域社会に貢献するという目的を優先して事業を行い、獲得した利益は社会のためになる事業に再投資する企業であり、従来の民間セクター（慈善団体・ボランティア団体・協同組合等の非営利セクターや営利企業）の枠をはみ出す企業を言う。この企業は非営利行為のみならず、営利企業と同様に新しいビジネスの手法や領域を開拓して、利益を求める行為を行う。障害者やホームレスを雇い入れたり、医療や教育など公共性の高いサービスを事業化したり、国や地方自治体のような役割も担う。欧州では非営利組織（NPO）や有限会社、協同組合などの形態で活動する例が多い。

この企業は英国のブレア労働党政権の下で成長した。この政権が1997年に誕生したとき、失業率は回復に向かっていたが、貧富の差はサッチャー政権の新自由主義政策の展開の結果、戦後最悪状態になった。そこでブレア政権は所得格差の縮小と公共サービスの充実を限られた財源の中で図る必要があり、社会的企業に注目した。社会的企業がサッチャー時代に疲弊した医療・教育・住宅などの公共サービスを補完する役割を果たし始めていたからである。ブレア政権は2000年10月に貿易産業省に社会的企業局を設置した。2005年7月社会的企業を地域社会再生の起爆剤と位置づけようとコミュニティー利益会社（CIC）という法人格が新設された。現在約220社が発足している。貿易産業省は、国内で活動する社会的企業は1万5000社を超え、約80万人分の雇用の受け皿となっていると見積もる。その活動領域は、丘陵地に風力発電機を建てて地域に安い電力を供給したり、地域の医師らが時間外診療を担う企業を起こしたり、広がっている。教育機会に恵まれず、職に就けない若者や障害者を雇い入れる社会的企業はイギリス以外の欧州各国で急増している。例えばイタリアやスペインでは、財源不足の国や地方自治体の役割を補完するため、巨大な協同組合が発達し、企業化している例も目立つ。この社会的企業は、失業者等を職業訓練して再就職させたり、精神障害者を雇用したりして、格差社会の行き過ぎを是正する役割を担えるし、また小さな政府の下で手厚い公共サービスを提供する可能性を有するし、さらに行政に依存せずに、少子高齢化に伴い地域実情や年齢に応じた多様できめ細かい公共サービスを提供しうる点でも意義がある（朝日新聞2006年5月4日朝刊）。

[抄 録]

小泉政権の構造改革路線の思想的基盤である新自由主義は、経済学のみならず政治学及び法学の領域においても注目されている。そこで本稿はリバタリアニズムを経済学的・政治学的観点から踏まえながら主として法学的観点から体系的に検討するものである。

まず、新自由主義の種類とその台頭の背景を述べる。次に主要な新自由主義論者の見解を検討する。その際、新自由主義論者を小さな政府論者・最小国家論者・無政府資本主義者に分類し、これらの論者のうち代表的な論者の見解を順次検討する。小さな政府論者として帰結主義的に小さな政府を主張するハイエク・フリードマンと立憲契約に基づき小さな政府を主張するブキャナンを検討する。最小国家論者として、自然権論的リバタリアンであるノージックと帰結主義的リバタリアンであるランディ・バーネットを批判的に検討する。無政府資本主義者として功利主義的・帰結主義的無政府主義者である D. フリードマンと自然権的無政府主義者である M. N. ロスバードの見解を吟味する。最後に多元的な根拠付けをするが、基本的には自然権的リバタリアンの立場に立つ古典的自由主義者である森村進の見解を批判的に検討する。次いでこの新自由主義的見解に基づいて日本国憲法を体系的に解釈する。以上を踏まえて新自由主義の特徴を摘出する。結びとして新自由主義の意義と問題点を総括する。