

論説

給付行政と「自由意識の喪失」

2008 年 4 月入学

西上 治

I. 導入

1 問題設定

- (1) 行政規律の二次元
- (2) 本稿の課題
- (3) 本稿の概要

2 補助金交付行政

- (1) 検討対象の限定
- (2) 不利益の諸相
 - a 競争者の不利益
 - b 市場の不利益
 - c 納税者の不利益
 - d 受領者の不利益
- (3) 不利益の段階構造

3 「自由意識の喪失」

- (1) 先行研究の間隙
- (2) 議論の前提
 - a 検討対象の限定
 - b 正当化の必要性
 - c 三つの問題
- (3) 概念の内実
 - a 「補助金メンタリティ」
 - b 「自由」概念
 - c 基本権の観点における意味

(4) 小括

4 法的概念への昇華

- (1) 法的概念と事実概念
- (2) ホイリスティッシュな意義
 - a 昇華の効果
 - (a) 二つの効果
 - (b) 法的な思考枠組の提供
 - (c) 国家の非法的な義務の導出
 - b 昇華の要件
 - (a) 概念の境界画定性
 - (b) 概念の問題発見性
 - (c) 義務を課すべきであるという一定の価値判断
 - c 昇華の如何
 - (a) 概念の境界画定性
 - (b) 概念の問題発見性
 - (c) 義務を課すべきであるという一定の価値判断
- (3) ドグマティッシュな意義
 - a 昇華の効果
 - (a) 三つの場面
 - (b) 国家賠償請求訴訟
 - (c) 抗告訴訟

- (d) 住民訴訟
- b 昇華の要件
- c 昇華の如何
 - (a) 法律段階における要請
 - (b) 不法行為法上の要保護性
 - (c) 基本権上の要回避性
- (4) 基本権上の要回避性
 - a 「自由の前提」という問題
 - (a) 職業選択の自由の前提としての「自由意識」
 - (b) 表現の自由の前提としての「知る権利」
 - (c) 職業選択の自由の保障根拠
 - b 「人格的自律権」論の延長線
 - (a) 「幸福追求権」の解釈論
 - (b) 「人格的自律権」論
 - (c) 延長線
 - c 「自己の生の作者」ということ
 - d 「同意あれば被害なし」?
 - e 全体的作用
- (5) 小括

II. 展開

1 租税優遇措置

- (1) 問題構造
 - a 検討対象の限定
 - b 従来議論
 - (a) 利点
 - (b) 不利益
 - (c) 統制方法
 - (d) 評価
- (2) 「自由意識の喪失」
 - a 効果
 - b 有無

c 再定式化

2 文化助成

- (1) 問題構造
 - a 検討対象の限定
 - b 従来議論
 - (a) 必要性
 - (b) 危険性
 - (c) 対応
- (2) 「自由意識の喪失」
 - a 有無
 - b 効果
 - c 再々定式化

3 情報提供

- (1) 問題構造
 - a 検討対象の限定
 - b 従来議論
 - (a) 事案
 - (b) 「法律の留保」
- (2) 「自由意識の喪失」
 - a 効果
 - b 有無
 - c 再々再定式化
 - d 再考

III. 展望

1 法的統制論に向けて

- (1) 方針
- (2) 目的確定理論
- (3) 「法律の留保」
- (4) 「切斷」

2 再定位

- (1) 本稿の成果
- (2) 人間の「弱さ」

I. 導入

1 問題設定

(1) 行政規律の二次元

行政法の任務の一つは、行政権の行使を適正ならしめるためのルール¹⁾の定立にある。すなわち、行政は強大な権力を有するところ、そうした強大な権力の下に、国民に資すべきはずの行政が、時には国民の権利利益を不当に侵害することもある。行政法は、そのような事態を防ぐために、これまでいくつかの道具立てを用意してきた。たとえば、法律による行政の原理であり、国家賠償・損失補償制度であり、あるいは、行政手続・情報公開の整備である¹⁾。

このような行政の規律に関する問題は、大きく二つの次元に分かれる。第一次元として、これらの道具立ての適用に当たっては、まずもって、種々の場合において、問題となる行政作用がどのような不利益を国民にもたらすのかを明らかにし、それが実体法上どの範囲で、あるいはそもそも許容され得るものであるのかを検討しなければならない。その許容性の判断にあたっては、法の一般原理たる比例原則や信義則等に対する適合性が検討されよう。そうして、もたらされる不利益とその許容の範囲が明らかになるからこそ、それに対応する適切な道具立ても明らかになる。

たとえば、法律による行政の原理の一内容たる「法律の留保」が必要である範囲について、伝統的には、「行政が私人の自由と財産を侵害する行為についてのみ法律の根拠を必要とする」と説かれてきた（いわゆる「侵害留保の原則」である）²⁾。仮にこの見解を是とするなら、問題となる行政作用が「私人の自由と財産を侵害する行為」であるかをまずもって明らかにする必要がある、それが肯定

される場合に、「法律の留保」が要請されるということになる。

第二次元として、問題となる行政作用がどのような不利益を国民にもたらすのかが明らかになったとして、その不利益に対処するために、どのような道具立てが適切であるのかを検討する必要がある。

すなわち、前述の例で言えば、「法律の留保」が必要である範囲は、本当に「行政が私人の自由と財産を侵害する行為」に限られるのか、実はそうでなくとも「法律の留保」を必要とした方がいい場面があるのではないのか。こうした問題関心から、侵害留保の原則に替わるものとして、全部留保理論や社会留保理論、本質性理論などが提唱されている³⁾。

二つの次元は、両者相俟って初めて適切な行政規律を実現することができる。もっとも、両者を混同してはならない。その意味で、それぞれの議論がどちらの次元に関するものであるのか、明確に意識することが有用であろう。

(2) 本稿の課題

本稿は、給付行政について、主に(1)にいう第一次元の検討を行うものである。すなわち、給付行政は、どのような不利益をもたらすものであるのかについて、主に検討を行う。第二次元の検討は、部分的・導入的なものに留める。本来なら第二次元の検討までしっかりと行うべきであるが、時間的・能力的限界から、他日を期すことを許されたい。

伝統的な行政法学の関心は、もっぱら規制行政に向けられていた。しかし、行政の拡大に伴い、規制行政だけでなく、給付行政もまた、行政目的達成の手段として多用されるに至っている。すなわち、「秩序国家から給付国家への移行による対象領域の拡大化に伴い、行政手段は単に規制的手段に限定されることを得なくな」ったのである⁴⁾。その結果、伝統的な行政法学の理論枠組では把握し切れ

1) 塩野宏『行政法 I（第5版）』67-82頁（有斐閣，2009）。

2) 塩野・前掲注1)71頁。

3) この点については、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題——本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）を中心として——」『現代行政の行為形式論』1頁（弘文堂，1993）〔初出1985〕に詳しい。

4) 塩野宏「資金交付行政の法律問題——資金交付行政と法律の根拠——」『行政過程とその統制』35頁，35

ない問題が生起されている。こうした理論状況に立ち向かうには、場合によっては新しい法的概念が必要なのではないか⁵⁾。

たとえば、こうした給付行政のうち、補助金交付行政が少なからず自由侵害的機能を有することは、古くから指摘されてきたところである。そして、この点を捉えて、給付行政にも「法律の留保」が必要とされる場合があるのではないかということが盛んに議論され⁶⁾、上記で見たように、全部留保理論や社会留保理論、本質性理論などの新しい法的概念が提唱されるに至っている。あるいは、古くエルンスト・フォレストホフは、給付行政における配分 (Teilhabe) に公法上の保護を与えるために、「生活手段の供給」 (Daseinsvorsorge) という概念を法的概念に昇華せしめた⁷⁾。

そこで、本稿は、給付行政が国民にもたらす不利益を検討し、そこに従来の理論枠組だけでは適切に捉え切れず、かつ我が国でこれまであまり議論されてこなかった問題があることを指摘したい。そのようなものとして本稿が着目するのは、受益者の「自由意識の喪失」である。「自由意識の喪失」とは、補助金交付行政について、ドイツのゲルグ・ハベルカテの「給付国家の法問題」 (以下、「ハベルカテ論文」とも言う。) によって指摘された問題点である⁸⁾。

ドイツでは、法治国的観点からして、補助金交付行政に対する規律の欠如が古くから憂慮され、多くの論者を輩出していることから、ドイツ法学の成果を参考にすることがここでも有用であろう。そこで、本稿は、ドイツにおける学説や判例を積極的に参考する。

本稿は、その中でも、ドイツでは指摘されているが、我が国においてほとんど議論されてこなかった「自由意識の喪失」の問題について、中心的に扱おうとするものである。

(3) 本稿の概要

以上に示したような課題に応えようとする本稿の概要は、次のようなものである。

まず、給付行政の典型例である補助金交付行政がもたらす不利益について、従来議論されてきたものを整理する (I 2)。そして、受領者の「自由意識の喪失」という問題を指摘し、先行研究にも触れながら、ハベルカテ論文の言うところの、その意味内容を明確にする (I 3)。

次に、「自由意識の喪失」という概念が、これまであまり論じられてこなかったものの、想定される法的効果との関連において、単なる事実概念ではなく法的概念として認識可能であることを論じる (I 4)。

続いて、「自由意識の喪失」という概念が、補助金交付行政のみならず、他の給付行政等の分野における分析にも応用可能であることを示す。他の給付行政等の分野としては、租税優遇措置 (II 1)⁹⁾、文化助成 (II 2)、情報提供 (II 3) を取り上げる。

これらを受けて、「自由意識の喪失」を軸とした給付行政の法的統制方法について論じる (III 1)。もっとも、部分的・導入的なものに留まる。

最後に、本稿の成果を確認し、「自由意識の喪失」の公法学の中への再定位を試みる (III 2)。

頁 (有斐閣, 2001) [初出 1964]。

5) 塩野宏「紹介エルンスト・フォレストホフ『給付行政の法律問題』」『公法と私法』291頁, 300頁 (有斐閣, 1989) [初出 1960] によれば、フォレストホフは、「社会生活の現実の変化、これが出発点であり、自由と財産の保護を主要目的とした従来の行政法学ではこの変化を理論的に把握し得ぬ」と言う。

6) たとえば、塩野・前掲注 4) 65-107 頁。

7) 塩野・前掲注 5) 317 頁。Daseinsvorsorge は、論者によりその訳語がまちまちであるが、本稿では、同書に従い、「生活手段の供給」と訳しておく。

8) Görg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistungsfähigen Staatshandeln, 1983.

9) もっとも、租税優遇措置は、厳密に言えば給付行政ではなく、後にも見るように、利益と不利益の中間的性格を有する。しかし、便宜上、ここでは他の給付行政の分野と並列させておく。

2 補助金交付行政

(1) 検討対象の限定

先にも述べた通り、本稿は、給付行政のもたらす不利益について、新たな法的概念の認識可能性を指摘しようとするものである。しかし、給付行政と言っても、種々雑多なものが含まれる。そこで、まずⅠにおいては、給付行政の中でも典型の一つであると思われる、補助金交付行政について扱う。

もっとも、「補助金」概念は、実定法上定着してきてはいるが、必ずしもその意味内容が学説上明らかではない。そこで、検討に耐え得るように、「補助金」という概念について確定しておく。本稿は、「補助金」という言葉によって、行政主体から行政客体に交付される現金的給付の全てを表すものではない。そのうちの、一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために交付されるものに限定するものである。この程度までは、学説上共有されている前提であるように思われるからである¹⁰⁾。

すなわち、本稿が用いる「補助金」とは、「一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために、行政主体から行政客体に交付される現金的給付」を意味する¹¹⁾。そして、このような「補助金」を交付する行政作用を、本稿では原則として「補助金交付行政」と呼ぶことにする。もっとも、論者によってその呼称とそれが指す対象領域は様々であり、これを安易に「補助金交付行政」と呼び変える

べきではないこともあろう。そこで、本稿においても、場合によっては、それぞれの論者の呼称方法に従うことがある。

さて、「補助金交付行政」の問題点については、既に様々に論じられているところである。そこで、(2)以降では、そうした従来の議論の整理を試みる。すなわち、国民にもたらされる不利益を、その不利益を受ける対象に応じて整理することにする。不利益を受ける対象としては、競争者、市場、納税者、受領者が想定されるので、これらを順に検討する。

(2) 不利益の諸相

a 競争者の不利益

補助金交付行政について、従来その切なる利害関係人として言及されてきたのは、競争者であった¹²⁾。すなわち、一人の者に対する資金交付は、受領者にとっては受益を意味するが、それと競争関係に立っている者に対しては必然的に負担を意味している¹³⁾。この競争者に対する不利益について、「侵害」そのものではないにしても、「侵害類似」の構成を採ることによって、「競争者訴訟」なる類型が観念され、承認されてきた。

すなわち、ドイツ連邦行政裁判所は、1968年に、いわゆるぶどう園主判決で、資金受領者と経済上競争関係に立つ第三者である利潤獲得競争者による取消訴訟の可能性を、初めて認めた¹⁴⁾。事例は、ぶどうの生産・加工・販売を業とする有限会社が、その会社と競争関係にあるぶどう園主組合に資金補助をしたラント大臣の決定の取消しを求めたもの

10) 塩野・前掲注4)40頁は、「一般的に補助金という用語の概念要素は、行政主体が行政客体の一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために行政客体に与える現金的給付という点にあることは前提としてよ」とする。

11) 塩野・前掲注4)45頁は、同論文が考察の対象とする「資金交付行政」について、詳細な概念規定を試み、結論として、「行政主体による行政客体(地方公共団体等の公法人を含む)に対する資金の交付(現金給付・投融資)であって、当該行政客体による一定の公益的課題の遂行(任意的行為、義務的行為の双方を含む)にかかわらしめられたもの」とする。本稿の「補助金交付行政」の定義に近いが、より精緻に概念規定している点で、非常に参考になる。

12) 櫻井敬子「資金交付活動の統制に関する考察(二)」自治研究68巻12号112頁、112頁(1992)。同論文においては、「ハバカーテ」と表記されているが、本稿では「ハベルカテ」に統一する。

13) 塩野・前掲注4)53頁。

14) BVerfGE 30, S. 191 ff. 判決の詳細については、佐藤英世「西ドイツにおける資金補助行政の法的統制の新たな手懸かりについて」阪大法学138号89頁、107-110頁(1986)。

であり、判決は、競争者の自由の侵害の可能性を正面から認めたのである¹⁵⁾。

では、ここで言われている「競争者の不利益」の内実は何であろうか。第一に、その補助金を交付されるべきなのは、実際の受領者ではなく、その競争者たる自分であるにも関わらず、自分は受け取れなかった、という不利益が考えられる。このとき、競争者の不利益はもらうべき補助金の具体的な金額であって、これを訴訟等で争わせることは許容しやすい。

しかし、そこに言う不利益は、「補助金を交付することによる不利益」ではなく、「補助金を交付されるべきであるのに、交付されないことによる不利益」である。その意味で、補助金を交付することによる不利益を考察しようとする本稿の問題関心の枠外にあると言わなければならない。

「競争者の不利益」として考えられるものの第二は、受領者がより豊富な資金を得ることで事業活動を活発化させ、相対的に競争者たる自分の地位が低下してしまうという不利益である。本稿は、むしろこちらを問題視する。上記の連邦行政裁判所の判決も、原告の請求を認容する理由として、以下のように述べている。すなわち、「国家が、競争者に対して拒絶した利益をある営利事業者に与えることによって機会平等を破壊し、それによって非受益者がもはや生存能力がなくなる程に利潤獲得競争状況を破壊する可能性がある」¹⁶⁾。

しかし、従来、我が国の実務はこの種の不利益に冷淡であった。その理由としては、以下の二点が考えられる。

まず、そのような不利益は、補助金交付により直接生じるものであるというよりは、むしろ補助金の交付を受けた受領者の経済活動によって生じるものであるという意味で、間

接的なものに留まるということである。不利益は確かに生じるが、その是正は、競争者間の問題であると考えられなくもない。

次に、より本質的には、補助金の交付は、それが競争者間に不平等をもたらせばもたらすほど、その効果が期待されるということである¹⁷⁾。すなわち、補助金の交付は、一定の誘導目的のためになされるところ、その誘導目的に沿う者とそうでない者とを差別的に扱うからこそ、その誘導目的は達成される。誘導目的に沿わない競争者に競争上の不利益が何ら生じないとしたら、補助金交付による行政目的は達成されない。つまり、ここに言う競争者の不利益は、補助金交付行政に本来的に内在するものなのである。

そうであるなら、問題は、そこで問題となる補助金交付行政自体の妥当性に還元されよう。すなわち、その誘導目的は正当なものであるのか、その達成の手段として補助金交付行政は適切であるのか、そこで不可避免的に生じる競争者の不利益にもかかわらず、それを正当化するだけの効能が本当にあるのか。以上のようなことが、問われなければならぬまい。

b 市場の不利益

a の議論とも重なるが、個別の競争者を越えて、補助金は、市場全般に悪影響をもたらすという議論がある。すなわち、補助金の交付は、私人の経済活動に対する干渉に他ならない。塩野宏氏によれば、この点について、シュテルンは、以下のように言う。

「資金交付は恩恵的行為 (Gnadenakt) ではない。それは、経済秩序について配慮し、それに責任を有する国家の経済政策的嚮導行為 (Lenkungsakt) である。いいかえれば、それは、経済干渉 (Wirtschaftsintervention) の道具であり、原則として市場経済の原理に従って固有の方法で展開している経済的自由

15) もっとも、原告適格の肯定には、極めて厳しい態度を採っている。本稿 I 4 (3) a (c) 参照。

16) 佐藤英世・前掲注 14) 109 頁。

17) 櫻井・前掲注 12) 113 頁は、「現代国家における政策手段のひとつとして資金交付活動を所与のものとし、当該政策手段の『有効』な機能を是認するのであれば、資金交付活動が本来『差別的』に行われれば行われるほどその効果が期待される以上、これを『平等原則』により統制することには慎重を要し、競争者訴訟の活用場面は例外的な場合に限られるというほかない」とする。

競争に対する侵害を意味する」¹⁸⁾。

この点についても、先の競争者の不利益についての議論と同様、そのような「市場の歪み」が生じれば生じるほど、それはむしろ国家の意図した通りであるという問題構造がある。もし本当に市場にとっての不利益があったとしても、その不利益は、補助金交付行政に本来的に内在するものである。

もっとも、差別的取り扱いによる競争者の不利益が、直接的に「市場の歪み」につながるかどうかは一考を要するようにも思われる。一部の競争者に補助金の交付と不交付によるインセンティブを与えつつ、何らかの措置によって市場全体としての歪みを抑制するということも考える余地がある。

その意味で、市場の不利益の補助金交付行政における内在性は、競争者の不利益のそれよりは小さいと言えるかもしれない。この点については、国家と市場の関係をどう捉えるのかによって、問題の深刻さの捉え方も変わり得るものであろう¹⁹⁾。

c 納税者の不利益

補助金交付行政の財源は、税金である。そうすると、補助金交付が不必要であったり過剰であったりすると、それは、納税者に不当な負担を課すことにつながる。また、補助金には、一度導入されれば既得権化しやすく、必要がなくなったものについても廃止が困難になるという問題点がある²⁰⁾。したがって、交付開始に当たっては慎重な考慮を要する。

村上武則氏によれば、ムスクヌーク曰く、「過剰な給付は、しかし、過剰な課税を要求する」のである。ムスクヌークは、ここから、給付の提供においてではなく、まず給付の財

源獲得即ち課税のレベルにおいて制約原理の手懸りを求めるのである²¹⁾。

あるいは、櫻井敬子氏によれば、ヘンゼラーは、国家は資金交付をなすにつき、財政的観点から二重の正当化要請に服せしめられるとしている²²⁾。すなわち、第一に、資金提供者が行為嚮導を受ける企業者に対してその嚮導を根拠づけることであり、第二に、当該嚮導行為を税収で賄うことを公衆に対して説明することである。このうちの二点目が、ここでいう「納税者の不利益」に関わる。すなわち、それは、「資金交付活動の原資が税金である以上、その使用が『経済的かつ儉約的に』(wirtschaftlich und sparsam)行われなくてはならないとの考え」によるものである²³⁾。

税金の使用が「経済的かつ儉約的」とされるためには、上記一点目に言う通り、補助金の受領者が、当該補助金交付行政の誘導目的に向けてより強く動機づけられる必要がある。補助金は交付するものの、受領者が誘導目的に沿わないとしたら、ただのばらまきであって、納税者の不利益を正当化することはできない。

d 受領者の不利益

受領者は、補助金を受け取るのであるから、利益はあっても、不利益はないようにも思われる。しかし、そのような受領者にも不利益があるという議論がなされてきた。そこで言われていることを大まかにまとめると、一方には、補助金を受け取るのと引き換えに国家によってなされる一定の行為の要求を不利益であると観念するという、一群の立場がある。すなわち、補助金の交付は、負担付贈

18) 塩野・前掲注 4)54 頁。

19) 塩野・前掲注 4)54 頁は、「シュテルンの分析は、自由平等な経済社会を前提としているため、資金交付行政の侵害的性格が一層強調され、またそれは直ちに規範的要請——伝統的法律の留保理論によったとしても、資金交付行政にはその侵害的性格の故に法律の根拠が必要である——へとつながる」とする。また、同 60 頁によれば、自由主義経済を基調とするアメリカにおいては、自由主義経済秩序との関連において州の対民間資金交付行政の権能を巡る多くの裁判事件が生じている。

20) 中原茂樹「誘導手法としての租税・賦課金・補助金」芝池義一ほか編『行政法の争点（第3版）』202 頁、203 頁（有斐閣、2004）。

21) 村上武則『給付行政の理論』215 頁（有信堂高文社、2002）。

22) 櫻井・前掲注 12)119 頁。

23) 櫻井・前掲注 12)119 頁。

与に類似するのである。

たとえば、塩野宏氏によれば、シュテルンは、資金の交付に際してしばしば付款・監督等の負担が不可分的に結合していることを捉え、それを一つの理由として、「資金交付行政は、その性質上、内部に反対感情を両立せしめ ambivalent である」と評している²⁴⁾。

あるいは、櫻井敬子氏は、「受領者の地位は命令客体から誘導客体へと変化したというべき」であって、「資金交付は附款等の結合による不利益を伴うという意味で、利益と不利益の混在した政策手段ということが出来る」と端的にまとめる²⁵⁾。その上で、受領者の不利益について、フリアウフ、ヘンゼラー、ハベルカテ三氏の議論を丹念にまとめている。ここでは、まず、前二者について簡単に紹介する。

まず、フリアウフは、補助金交付行政の「侵害的性質」を強調し、「受領者の道具化 (Instrumentalisierung)」という構成により、国家の道具とされた受領者自身の不利益を根拠づけた²⁶⁾。補助金交付に伴い付款・監督等があるとしても、それを不利益とみなすことに問題があるのは、受領者が「自発的」にそれを受け入れたという認識があるからであろう。この点について、フリアウフは、補助金の受領は、事実上強制されているのであって、「自発的」に見えても、実はそうではないというのである。すなわち、そこには、『集積された財政権力 (die akkumulierte Finanzmacht)』と化した現代国家が、その天文学的な財力を背景に、従来直接的な命令によって行ってきた施策を財政手段によって引き継ごうとし、極端な場合には私人は国家による『供給独裁 (Angebotsdiktatur)』にさらされ、私人には資金を受け入れないという可能性が閉ざされてしまうという状況認識²⁷⁾があり、「とりわけ、市場が狭く競争が厳しい

場合には、私人は自己の市場での『生存』をかけて、提供された資金を受領せざるを得ず、あるいは公的主体による強制的な行動統制を回避する為の合理的選択として、援助を受け入れるのである」とされる²⁷⁾。しかし、櫻井敬子氏によれば、資金の受領が事実上ある程度は強制であったとしても、多かれ少なかれその自発性を否定することはできず、これをもって「侵害 (Eingriff)」と同視するにはやはり若干の無理がある²⁸⁾。

次に、ヘンゼラーは、フリアウフが付款による「不利益的作用」を半ば強引に「侵害」と構成したのに対し、資金の受領によってただちに受領者が「国家の道具」となるわけではなく、あくまで受領者は主体性を持った存在であって、国家は利益供与によりその志向する資金交付目標が達成されることを「期待」するに留まるとした²⁹⁾。しかし、その「期待」によって、受領者には自由を損ないかねない危険がある。すなわち、資金交付は、利益と不利益の渾然一体となった政策手段なのであって、侵害と給付のいずれにも整序し得ない「独特の形態による国家の作用」なのである³⁰⁾。

このように、フリアウフとヘンゼラーとでは、補助金の交付が引き起こす受領者に関する問題が、伝統的な意味での「侵害」に相当するものであるのか、それとも独特の「不利益と利益の渾然一体」であるのかについて理解に齟齬がある。しかし、そのどちらにせよ、受領者には、多かれ少なかれ、補助金交付によって事実上一定の行為の拘束がなされるという点が重要であり、両者はこの点については見解を異にするものではない。

(3) 不利益の段階構造

以上によると、種々の主体に対する不利益の正当化は、複雑な関係にあることが分かる。たとえば、納税者の不利益を正当化する

24) 塩野・前掲注 4)53 頁。

25) 櫻井・前掲注 12)113 頁。

26) 櫻井・前掲注 12)114 頁。

27) 櫻井・前掲注 12)114-115 頁。

28) 櫻井・前掲注 12)115-116 頁。

29) 櫻井・前掲注 12)117 頁。

30) 櫻井・前掲注 12)118 頁。

ためには、受領者の行為拘束が強くなければならないが、その行為拘束が強ければ強いほど受領者の不利益は大きくなり、今度はその正当化に窮することになる。このようにそれぞれの不利益は複雑に絡み合っており、それらの正当化のための条件の考察も、複雑なものにならざるを得ない。

そこで、ここでは、補助金交付行政を取り巻く問題の整理を試み、それにより、全ての不利益の正当化にとって受領者の不利益の正当化が一番の前提問題に位置づけられることを確認する。

国家が特定の行政目的を持ったとして、その実現に向けて、営利企業を一定の方向に誘導しようとしたとする。そのためには、第一に、営利企業の行為をある程度拘束することが有用である。そのためには、第二に、誘導目的に沿う企業とそうでない企業を差別することが有用である。そのためには、第三に、誘導目的に沿う企業には補助金を与え、そうでない企業には与えなければよい。

(2)で検討したそれぞれの不利益は、この、それぞれの段階に対応するものとして整理し直すことができるように思われる。すなわち、納税者の不利益は、第三点の補助金を与えること自体によるものであり、競争者の不利益と市場の不利益は、第二点の企業を差別化することによるものであり、受領者の不利益は、第一点の行為を拘束することによるものである。それぞれの不利益は、このように、その原因の段階が異なるのである。

そして、それぞれの段階は、一つ上位の段階のための手段として位置づけられるものである。そうすると、それぞれのもたらす不利益の正当化のためには、少なくとも、より上位の段階における行政作用が正当であることを要しよう。すなわち、補助金の交付による納税者の不利益の正当化のためには企業の差別化が少なくとも正当であることを要し、企業の差別化による競争者と市場の不利益の正当化のためには行為の拘束が少なくとも正当であることを要し、行為の拘束による受領者の不利益の正当化のためには大本の行政目的が少なくとも正当であることを要する。

これを逆に言えば、補助金交付行政が許容

され得るとしたら、少なくとも、大本の行政目的の正当性が受領者の不利益を正当化し、受領者に対する作用の正当性が競争者と市場の不利益を正当化し、競争者と市場に対する作用の正当性が納税者の不利益を正当化する、という段階構造になっている必要があるということである。

そうすると、本稿が一番の前提問題として認識すべきなのは、ある正当な行政目的があったとして、その正当性が、受領者の不利益を、そもそも、あるいはどのような場合に正当化し得るのか、ということであろう。なぜなら、受領者以外の不利益が受領者の不利益の正当化を前提にする以上、まずもって受領者の不利益が正当化される範囲を確定すべきであるからである。そして、その検討は、行政目的の必要性の度合いと、受領者にもたらされる不利益の衡量を基本枠組みとする。そうであるなら、まずもって受領者にもたらされる不利益を正確に把握しなければならない。

それでは、大本の行政目的が正当であったとして、その必要性は、本当に受領者の不利益を正当化するものであるのか。これを検討するに当たっては、受領者の不利益を正確に把握しなければならないが、受領者の不利益は、本当に以上の分析に尽きるものであるのか。この点について、冒頭でも述べたように、ハベルカテが新たな視点から問題提起をしているので、本稿は、次にこれを紹介し、検討を加えることにする。

3 「自由意識の喪失」

(1) 先行研究の間隙

2では、補助金交付行政がもたらす不利益をその対象ごとに検討し、実はそれぞれの不利益が段階構造にあることを示した。そして、補助金交付行政の正当化にとっては、受領者の不利益の正当化が前提問題であることを示した。ここでは、その受領者の不利益について新たな視点を提供した、ハベルカテの論文を検討する。

ハベルカテの「給付国家の法問題」は、既に何名かの学者によってわが国に紹介されて

いる。本稿筆者は、本稿執筆に当たり、ハベルカテ論文に関する三名による四つの論文に触れたので、それらをまず紹介し、そこに先行研究の間隙を見出すことにしよう。

第一に、村上武則氏の、「ゲルグ・ハベルカテ『給付国家の法問題』の紹介」である³¹⁾。同論文は、ハベルカテ論文を各章ずつ丹念に紹介する力作であって、本稿筆者のハベルカテに関する理解も、同論文に負うところが大きい。

同論文によれば、ハベルカテ論文の狙いは、「現代的な給付の国家活動をも比例性原則を手懸りにしてコントロールしようということ」にある³²⁾。そして、そのためには、「鍵として、目的が特定され明確化される必要がある」と言う³³⁾。その目的定立をすべき主体は、執行府や司法府ではなく、立法府であるとする³⁴⁾。すなわち、補助金交付の目的は、法律によって確定されなければならず、それを前提に、比例原則を手懸りとするコントロールが図られることになる。以上が総論的な、一般的な理論に相当する部分である。

続いて、ハベルカテは、具体的に給付の領域で、不明確な目的呈示がどのような問題を生み、それについてどのように解釈されているかを検討する。本稿の言葉を使えば、行政規律の第一次元の検討をここで行うのである。そこでは、補助金が自由の問題として捉えられ、補助金交付によって生じる様々な問題が、受領者の側での自由危殆化の問題と、競争者の側での自由危殆化の問題と、第三者侵害と中立義務の問題に分けて論じられている³⁵⁾。

その後、ハベルカテは、以上の分析を前提に、補助金交付のコントロール手法について、すなわち、本稿でいう行政規律の第二次元の問題について、具体的な考察に進んでい

く。それは、上記の、法律による目的確定を前提とした比例原則を手懸りとするコントロールの具体化である。

本稿の問題関心は、以上の紹介のうち、「受領者の側での自由危殆化の問題」に向く。しかし、同論文における村上武則氏の当該箇所の紹介は、その意図は必ずしも明らかではないが、非常に簡潔なものであって、本稿が主題にしようとする「自由意識の喪失」については触れられてもいない。

第二に、同じく村上武則氏の、「給付目的の法律による確定の理論」である³⁶⁾。同論文は、給付行政の分野においては、その目的が法律によって確定されるべきであるとする理論と、予算で足るとする理論があるところ、それらの内容と意義について検討するものである。そして、前者として、ハベルカテの議論が紹介されている。

同論文のハベルカテに関する部分は、上記の第一で紹介した論文を受けたものであり、内容的にもかなりの部分が重複する。もっとも、重複部分に続いて、ハベルカテがその後に発表した「給付法における形成と法の適用」³⁷⁾という論文も紹介されているが³⁸⁾、専ら行政規律の第二次元に係るものであるから、本稿の問題関心の枠外にある。したがって、ここでも、詳しく紹介することはしない。

同論文で注目されるのは、第一の論文では触れられてもいなかった「自由意識の喪失」について若干ではあるが触れられていることである。しかし、「自由意識の喪失」についての議論がハベルカテ論文に占める割合に比し、非常に簡潔な紹介に留まる。もっとも、重要な部分であるから、以下に該当箇所を引用しておく。

「さて、ハベルカテは、資金交付の危険性は『資金交付それ自体ではなく、それによってもたらされる心理状態に存する』と考え、

31) 村上武則「ゲルグ・ハベルカテ『給付国家の法問題』の紹介」広島法学8巻2・3号154頁(1984)。

32) 村上武則・前掲注31)154頁。

33) 村上武則・前掲注31)159頁。

34) 村上武則・前掲注31)164-167頁。

35) 村上武則・前掲注31)167-171頁。

36) 村上武則・前掲注21)172頁。

37) Vgl. Haverkate, Gesetzgestaltung und Rechtsanwendung im Leistungsrecht, NVwZ, 1988, S.770f.

資金交付によって失われるのは、『自由そのものではなく『自由の意識』であるとする。また、ハベルカテによれば、自由は、自由の自覚 (Freiheitsbewußtsein) なしで、はたして保持されうるかどうか、問題であるとされる。そして、国家法に対し課される問題は、どこまで、自由の法的保障を越えて、社会の諸前提、即ち自由の意識の保障が、法学的議論の脈絡のなかで、実りあるものにされうるかであるとされるのである」³⁹⁾。

第三に、櫻井敬子氏の「資金交付活動の統制に関する考察」である⁴⁰⁾。同論文は、前述の通り、フリアウフとヘンゼラーを紹介し、それらは、そこで言う資金交付活動における問題のうち、受領者の行為拘束という不利益の側面に留まるものであったとする。しかし、資金交付活動の根本的特徴は「利益による誘導」であって、利益的側面にもまた着目しなければならない。その、利益的作用固有の問題点を指摘したものとして、ハベルカテの議論が紹介されるのである⁴¹⁾。

そして、利益的作用固有の問題点として、ハベルカテが「自由意識の喪失」について論じていることが正面から取り上げられる⁴²⁾。その点で、同論文は本稿の問題意識に適合的である。さらに、実はそうした着眼は決して新奇なものではなく、フォルストホフ、ヴォルフ／バッホフ、ヘーベルレらによっても同様の指摘がなされていたことが紹介される。

そして、ハベルカテの議論から読み取るべきことは、「上記のごとき給付活動の危険性に対する一般的抽象的懸念を、懸念にとどまらせることなく、資金交付活動という具体的行政活動に関連させて論じ、かかる『自由意識の喪失』を含めた『自由の危殆化』 (Freiheitsgefährdung) をもって当該活動の統制

根拠としたうえ、『自由意識の伴わない自由』 (Freiheit ohne Freiheitsbewußtsein) があり得ない以上は、『自由意識の確保』のための諸条件および統制基準を考察する必要があるとして、その具体的な統制枠組みを提唱したところ」にあるとする⁴³⁾。

しかし、それに留まり、「自由意識の喪失」というものが、一体いかなる事態であるのかについて、若干の紹介はあるもののそれ以上内実に立ち行った検討はなされず、統制枠組みに議論の焦点が移行する。

第四に、佐藤英世氏の「西ドイツにおける資金補助行政の法的統制の新たな手懸かりについて」である⁴⁴⁾。しかし、同論文においても、ハベルカテはそこで言う資金補助行政の法的統制を論じる中で主に紹介され、「自由意識の喪失」については触れられていない⁴⁵⁾。

以上の先行研究の分析から、ハベルカテについての紹介は、専ら補助金交付行政の規律の第二次元に重点が置かれており、その前提としての第一次元に対する関心はそれほど高くなかったと言えるであろう。そして、ハベルカテが指摘した「自由意識の喪失」については、ほとんど触れられないか、触れられてもその内実が不明確なままであった。ここに、先行研究の間隙を見出すことができる。

しかし、その間隙は、埋められるべき間隙であるのか、存在するべくして存在する間隙であるのか。すなわち、「自由意識の喪失」という概念は、論じるに値するものであるのにその難解さから論じられてこなかったのか、それとも法的議論にとって無用の産物であるからこそ論じられてこなかったのか。前者であるならば是非とも論じなければならない、後者であるとしても後者である所以を示さな

38) 村上武則・前掲 21)197-208 頁。

39) 村上武則・前掲 21)177-178 頁。

40) 櫻井敬子「資金交付活動の統制に関する考察(一)(二)(三)」自治研究 68 卷 11 号 78 頁, 12 号 112 頁(1992), 69 卷 1 号 106 頁(1993)。

41) 櫻井・前掲注 12)121-122 頁。

42) 櫻井・前掲注 40) (三) 107-108 頁。

43) 櫻井・前掲注 40) (三) 108 頁。

44) 佐藤英世・前掲注 14)89 頁。

45) 佐藤英世・前掲注 14)97-98, 129-136 頁。

ければなるまい。本稿が「自由意識の喪失」を主題に選択したのは、以上のような理由による。

そこで、次に、「自由意識の喪失」の内実について、実際にハベルカテ論文の該当箇所当たり、その解明を試みたい。

(2) 議論の前提

a 検討対象の限定

ハベルカテ論文は、その第五章「国家の金銭給付への配分参加一目的・手段コントロールによる補助金分野の法学的構造化の可能性」の第一節において「自由の問題としての補助金」を論じ、その終盤において「自由意識の喪失」を論じる。そこで、上記の先行研究の紹介と若干重複する部分もあるが、「自由意識の喪失」を論じるに至るまでの同節における論述の流れを確認しながら、議論の前提を固めておこう。

ハベルカテは、まず、国家の給付は、侵害に劣らず、自由の問題であるとし、それは、とりわけ補助金分野で立ち現れるものであるとする⁴⁶⁾。そして、その補助金分野の中から、検討対象を限定していく。

第一に、補助金を、返還義務のない補助金・貸付・保証などの直接的な補助金と、租税や公課からの解放である間接的な補助金とに分け、前者にこそ最も強く原理的な問題が現れることを理由として、前者に検討の対象を絞る⁴⁷⁾。

第二に、補助金を受領者の範囲を基準として類型化し、質及び量の観点から、スポーツ連盟や文化的ないし公益的な目的を迫及する企業に対する補助金ではなく、営利企業に対する補助金に検討の対象を絞る⁴⁸⁾。

第三に、補助金には、公的目的を達成するため、市場的な反対給付の代わりに受領者に対して公益目的を達成するような指示を伴うものと、そうでないものがあるが、前者に検

討の対象を絞る。

こうして、検討対象たる「補助金」は、「市場的な反対給付は伴わないが、公益目的を達成するような指示を伴う、営利企業に対する公的主体の金銭支払いなし金銭価値的給付」であるとされる⁴⁹⁾。この理解は、本稿のそれと極めて整合的である。

b 正当化の必要性

ハベルカテは、次に、補助金に関してありうる自由が問題になりうるのは、補助金が、私人に対する給付を通じて社会的なプロセスを形成しあるいはそれに影響を与えるという、公的な目的に向けられていることに由来するとする⁵⁰⁾。すなわち、営利企業に対する補助金は、市場経済的な、すなわち自由経済プロセスに対する国家的な干渉である。そうすると、自由が社会過程の国家からの自由を意味するとすれば、社会過程への介入は、自由の観点の下において正当化されなければならない⁵¹⁾。

では、補助金は正当化されるのか。ハベルカテは、次のように言う。すなわち、補助金は市場経済的なプロセスの修正であるが、市場が機能しない場合や、市場の自己規制がその政治的ないし社会的な結果の故に受け入れられないと考えられる場合には、不可避であるとみなされる。このとき、補助金による市場の修正は、自由市場の基本原則と無条件に矛盾するものではない。反対に、市場経済的な視点の下では、歓迎されるものでさえあり得る。すなわち、市場に対する国家の干渉が不可避である限りにおいて、国家は、官憲的な強制ではなくて、ソフトで市場順応的な補助金という手段を用いる方がよい。

つまり、補助金は、経済活動に対する直接的な国家侵害を不要にするのである。この見地においては、補助金は、警察法的に定式化すれば、「よりマイルドな手段」なのである。

46) Haverkate(Fn.8), S.145.

47) Haverkate(Fn.8), S.146.

48) Haverkate(Fn.8), S.146.

49) Haverkate(Fn.8), S.147.

50) Haverkate(Fn.8), S.147.

51) Haverkate(Fn.8), S.147.

それは、政府による国家的介入よりも自由親和的であるかもしれない⁵²⁾。

しかし、ハベルカテは、以上をもってしても、補助金による社会への「干渉」がそもそも必要であるかどうか、自由にとって重大な「負担」が最終的にどれくらいに達するのか、という問題は解消されないとする⁵³⁾。

c. 三つの問題

では、どのような「負担」が考えられるのか。ハベルカテは、これに関して、補助金による干渉が引き起こす三つの問題を指摘する。

第一に、「穏やかな介入」の問題である。上述のように、補助金は確かに「よりマイルドな手段」であるかも知れないが、なお自由の制約があり得る。すなわち、国家の補助金は誘導目的であって、その実現に向けて、国家は、補助金と、条件と負担とを結びつけるのである⁵⁴⁾。こうした自由の制約は、強制的な自由の制約と実は異ならないのではないか。

この点について、ハベルカテは次のように言う。補助金によって、国家は政府の強制力を放棄し、準備された特典のために自発的な制約を受け入れるように私人を導く。しかし、国家が強制的に自由を制約するのであると、国家が自由を「買い取る」のであろうと、その影響は同一ではないだろうか。それに加えて、人々が条件や負担を受忍できないものとみなしたとしても、補助金を放棄する可能性は、しばしば、表面的にしか与えられていない。すなわち、受益者集団の中で、競争関係が支配的であれば、市場状況は、個々の受領者に対して、補助金の受領と、予め与えられた条件や負担の甘受を強制するのである⁵⁵⁾。

ここでは、フリアウフが指摘した、受領の

事実上の強制の観点が述べられている。すなわち、競争環境などにより受領が事実上強制されるならば、如何に受領するかどうかは私人の自由に委ねられていると言っても、それは形式的な議論に過ぎず、補助金の交付による行為拘束は、伝統的な「侵害」に近似するのである⁵⁶⁾。

第二に、競争者の不利益である。すなわち、ある一人への助成は、違う一人への不利益であるという不可避的な連関を持つとされる。ハベルカテは、ある企業への補助金の給付は、当該企業にその競争者からのリードを与えることを意味するとし、補助金は、競争を不純にするものであるとする。そして、このように競争相手たちを不利に扱うことは、重大な効果を持ち得るのであって、極端な場合には、それは、存立の否定にまで至ることがあるとする⁵⁷⁾。

そして、第三として、「自由意識の喪失」が語られることになる。しかし、ハベルカテは、その前提として、補助金による「自由意識の喪失」という発想は、実は新自由主義経済理論に負うものであることを告白する⁵⁸⁾。そこで、ここでは、「自由意識の喪失」の検討に入る前に、その点について確認しておく。

ハベルカテによれば、新自由主義経済理論はあるヒントを提供した。それは、「究極的かつ決定的な市場経済の墮落」は、市場参加者にとって大変都合のよい国家の行動によって、すなわち、蓄積された補助金的で保護主義的かつ独占擁護的な措置によって引き起こされ、あるいは少なくとも促進されているというヒントである⁵⁹⁾。自由の保護は、自由を享受する人たちの主観的な利益に必ずしも沿うわけではなく、経済的自由は、状況によっては、企業家の利益に反して貫徹されな

52) Haverkate(Fn.8), S.148.

53) Haverkate(Fn.8), S.148.

54) Haverkate(Fn.8), S.148.

55) Haverkate(Fn.8), S.149.

56) もっとも、ハベルカテは、補助金による自由の危殆化と伝統的な「侵害」とは、同様の意味で「不利益を受ける」ものではないとする。Haverkate(Fn.8), S.158. この点については後述する。

57) Haverkate(Fn.8), S.149.

58) Haverkate(Fn.8), S.150.

59) Haverkate(Fn.8), S.150.

なければならない⁶⁰⁾。というのも、自由な経済を自ら廃止することの影響は、経済的自由の領域だけに限られるわけではなく、他の領域、すなわち経済的でない人格的な自由の領域にまで及んでいるからである⁶¹⁾。

そして、ハベルカテは、以下のように言う。「ネオリベラルの命題の決定的な正しさは以下にある。すなわち、経済的自由に反する最も良い宣伝者は、補助金によって経済的自由の受益者の抵抗ではなく拍手を伴うような、補助金を給付する国家である。経済的自由の除去の効果は、実際には、経済的領域に制限されるわけではない」⁶²⁾。

すなわち、こういうことであろう。国家による補助金交付は、企業をして自由な経済活動を自ら廃止させてしまう。しかし、企業はそれを喜んでするのである。そうして自由な経済活動が失われることは、同時に、人格的自由まで制約してしまうことになる。

さて、以上を前提に、ハベルカテは、補助金をもたらす受領者のある特殊な心理状態について論及する。そこで問題となるのが、すなわち「自由意識の喪失」である。

(3) 概念の内実

a 「補助金メンタリティ」

ハベルカテは、まず、補助金の中毒性について、次のように述べる。

「補助金は、継続的に、人を中毒症にしてしまう。補助金は、市場の制御機能に深く干渉し、人工的な市場状況を作り出し、補助金が与えられる温室のような空気の中では、現実の市場状況の厳しい空気の中では育たないであろう者が増殖する。補助金が長く維持されればされるほど、受領者にとってその放棄がより難しくなるであろう。すなわち、補助金は、個々の企業をして、状況によっては経済部門全体をして、さらなる国家の給付に依

存せしめ、そして、それによる結果として、条件や負担において直接読み取ることができずをずっと越える自由の喪失に行きつくのである」⁶³⁾。

ここでは、その中毒性によって、補助金は、受領者の心に深く入り込み、受領者を補助金に依存させてしまうことが語られている。そして、そのことは、受領者から補助金の放棄という選択肢自体を奪ってしまうのである。その結果、表面的な不利益を越えて、より重大な不利益を受領者に及ぼしてしまう。

では、その表面的な不利益を越えた不利益とは何なのか。ハベルカテは、それを、補助金によって形成される特殊な心理状態、すなわち、「補助金メンタリティ (Subventionsmentarität)」に求める。すなわち、補助金のもたらす危険性は補助金それ自体のみにあるのではなく、それがもたらす補助金メンタリティにもあるとし、そのメンタリティの内容を次のように表現する。すなわち、「国家は、全ての人の福祉の最適な状態を保障すべきであり、個々人を平穏な状態にしておくべきである」⁶⁴⁾。受領者は、補助金によって国家依存症になってしまうのである。そして、そうしたメンタリティは、当該受領者の問題のみならず、国民全体の理解に係ってくることになる⁶⁵⁾。

こうして、受領者を始めとする国民は、国家から全てを待ち望むという受動的なメンタリティに陥る。それは、表面上は無害である。しかし、それは決して無害ではない。すなわち、「そこで消えるのは自由 (Freiheit) ではなく、自由の意識 (Freiheitsbewußtsein) である」⁶⁶⁾。そして、自由の意識なしの自由が認められうるかどうかの問題である以上⁶⁷⁾、この「自由意識の喪失」は、自由の前提そのものを奪ってしまうということで、

60) Haverkate (Fn.8), S.150.

61) Haverkate (Fn.8), S.150.

62) Haverkate (Fn.8), S.151.

63) Haverkate (Fn.8), S.149.

64) Haverkate (Fn.8), S.151.

65) Haverkate (Fn.8), S.151.

66) Haverkate (Fn.8), S.152.

67) Haverkate (Fn.8), S.152.

より深刻な問題となりうるのである。

ハベルカテは、この現象を、「レヴァイアサン (Leviathan)」と「乳牛 (Bild)」のアナロジーで説明する⁶⁸⁾。すなわち、補助金を与えてくれる国家は、国民にただ与えてくれて、何も奪わない平和な「乳牛」のように思われる。そして、そのようにして、国家が経済的安定と最善の経済発展を保証してくれるように強く見えれば見えるほど、あるいは、国家が全ての経済プロセスの円滑な進行を保証してくれるように強く見えれば見えるほど、国民はそうした国家の活動を拒否することができなくなる。しかし、国家が無害な「乳牛」であるのは、あくまで見掛け上に過ぎない。その実、国家は強大な「レヴァイアサン」である。すなわち、国家は、補助金というソフトな手段にしろ、ハードな手段にしろ、その手に誘導目的を達成するための包括的・潜在的な権力を有しているのである。

b 「自由」概念

このように、ハベルカテによれば、「レヴァイアサン」が「乳牛」を演じることによって、受領者をはじめとする国民は、知らず知らずのうちに「自由意識」を喪失してしまう。

しかし、ここで言われている「自由」とは何であろうか。「自由」概念は、論者によって都合のいいように使われることが多い。すなわち、「自由」概念は、その意味内容が不明確であることをいいことに、その肯定的評価を維持しながらその内実をすり替え、「自由」概念の肯定的評価を当該内実に結びつけることで、その正当化に使われてしまうという危険性を有する。いわゆる「説得定義 (persuasive definition)」の問題である⁶⁹⁾。

こうした「自由」の説得定義の古典的な一例は、ヘーゲルの国家学に見ることができる。すなわち、従来「自由」とは通常「強制

の欠如」を意味したが、ヘーゲルは、こうした自由理解を浅薄皮相であって正しくないとし、真の意味で自由な意志とは自己自身を決定する意志であり、このような意志は私利私欲に拘束された個人の「個別意志」ではあり得ず、「普遍意志」でなければならないとした⁷⁰⁾。こうして、個人の「自由」は、普遍意志の体现者としての国家の命ずるところにほとんど合致してしまう。すなわち、「ヘーゲルの理論は、『自由』の持つ強い情緒的な響きをそのままにしておいて、その叙述意味だけをすり替えることによって、市民的自由に憧れる人々の態度に変化を起させ、彼らをプロイセン国家の忠良な臣民に転向させる力を持っていた」のである⁷¹⁾。

その意味で、「自由」は、「融通無碍の操作可能性」をもつ⁷²⁾。したがって、「自由」について論じるに当たっては、その論じるべきところの「自由」概念を確定しなければなるまい。しかし、「自由」概念の一般的な確定は、本稿筆者の手に余るものである。そこで、「自由意識の喪失」を論じるに当たって、少なくともここで言われているところの、その「自由」の意味を確定したい。

我が国の公法学において、「自由」を論じるときには、次のように語られることが多い。たとえば、芦部信喜氏は、基本的人権のうち、まず、自由権について、国家が個人の領域に対して権力的に介入することを排除して、個人の自由な意思決定と活動を保障する人権であるとし、これを「国家からの自由」と呼ぶ。次に、参政権について、国民の国政に参加する権利であるとし、これを「国家への自由」と呼ぶ。さらに、社会権について、社会的・経済的弱者が「人間に値する生活」を営むことができるように、国家の積極的な配慮を求めることができる権利であるとし、

68) Haverkate(Fn.8), S.152.

69) 碧海純一『新版法哲学概論 (全訂第2版)』54-55頁 (弘文堂, 1989) によれば、「説得定義」とは、汎用されていることばに対して、その情緒意味 (emotive meaning) を大きく変えることなしに、新たな概念的意味を与え、こうすることによって、人々の関心の方向を意識的に又は無意識的に変えることを目的とするような定義である。

70) 碧海・前掲注 69)57-58頁。

71) 碧海・前掲注 69)58頁。

72) 井上達夫『自由論』24頁 (岩波書店, 2008)。

これを「国家による自由」と呼ぶ⁷³⁾。

あるいは、樋口陽一氏は、そのような「国家からの自由」と「国家による自由」の対称図式が、さまざまな領域で、重要な問題素材を提供するとする⁷⁴⁾。すなわち、経済的自由の領域では、国家からの・独占放任型の自由と国家による・反独占型自由の対抗という視点が憲法史理解のうえで重要な示唆を与え、思想の自由の領域では、国家からの自由としての表現の自由を「優越的自由」として擁護しようとする見地と、国家による自由の実質的確保を肯定する見地とが対立する、とする⁷⁵⁾。

では、ハベルカテは、自らが用いている「自由」概念について、どのように規定しているだろうか。ハベルカテは、まず、「自由が行使されうる状態の生産ないし保全」と「自由権の現実の基盤の保全」を区別し、補助金が引き起こす自由の問題として扱うべきであるのは、このうちの前者であるとする⁷⁶⁾。後者は、たとえば、地域における雇用需要の維持・増加のために補助金が使われることを指しており、上記の二つの自由で言えば、「国家による自由」に属する。しかし、ハベルカテは、こうした自由保全政策をも自由の問題として扱うと自由の概念はその境界設定価値を失うとし、それらは、法的な自由の保護の問題ではないとする⁷⁷⁾。すなわち、ハベルカテは、「国家からの自由」を語っているのである。

○ 基本権の観点における意味

このように、ハベルカテは、「自由意識の喪失」を「国家からの自由」の問題として捉え、その洞察なしには、法治国家の十分な補助金領域の形成はほとんど考えられないとする⁷⁸⁾。それは、確かにそうであろう。そうであるとして、その「自由」は、如何ように

して保護されるのか。憲法によって基本権として保護されていれば、あらゆる国家機関に対してその保護が命じられようし、私人にも間接・直接いずれにせよその行為規範は課せられる。それでは、「自由意識の喪失」を防ぐことは、基本権上の要請であろうか。

「自由意識の喪失」は、確かに問題である。しかし、そのことと、「自由意識の喪失」が伝統的な「侵害」と基本権の観点から同等に扱われるべきであるかどうかは、また別の問題である。すなわち、憲法は、「自由意識なき自由」と「自由意識ある自由」とを、有意に区別しているのか。ここでは、いわば「自由の深度」が問題になると言えるであろう。

「自由の深度」を問題にすることは、言い換えれば、次のようなことであろうと思われる。すなわち、基本権のカatalogueとしては保護されるべきものであるとされている「自由」について、当該「自由」が保護されているというためには、各人が表面上自由に意思決定していればそれで足りるとするのか、「自由意識」に基づいて意思決定していなければならないとするのか。その意味で、それは、「自由の幅」や「自由の性質」を語るものではなく、そのいずれの「自由」にも通底する、各種の「自由」の前提条件のようなものを問題にしているのである。

ハベルカテは、この点に関し、「自由意識の喪失」を基本権上の問題として扱わない。すなわち、以下のように述べる。基本権は、その到達ないし回避が国家行為の基準の役割をも果たしうるような目的を何ら定義するものではなく、それぞれの好みや目的に向けられた市民の行動の自由領域を守るものである。そして、補助金の受領は、まさにその基本権が守るべき自由領域の利用である⁷⁹⁾。そうすると、国家による給付の目的拘束を自

73) 芦部信喜『憲法（第5版）』83-84頁（岩波書店、2011）。

74) 樋口陽一『憲法（第3版）』159頁（創文社、2007）。

75) 樋口・前掲注74)159頁。

76) Haverkate(Fn.8), S.153.

77) Haverkate(Fn.8), S.153.

78) Haverkate(Fn.8), S.153.

79) Haverkate(Fn.8), S.159.

発的に受け取ることは、基本権侵害と同等に扱うことと矛盾する要素を孕むことになる。そのため、国家による命令と補助金によるソフトな誘導とは、同一の基本権的な尺度でもっては測られ得ない。そして、それは、行政契約について、契約参加者の同意による協力の故をもって、「法律の留保」が必要とされないことと同じである⁸⁰⁾。

もっとも、ハベルカテは、こうした基本権領域における「同意」による違憲性阻却については、一定の注意を促す。すなわち、そうした「同意」は、しばしば「擬制」であり得る。ハベルカテは、次のように言う。「個人の自由の確保は、いつも自由を享受する人たちの主観的な利益にあるわけではない。それゆえ、基本権は、自由の制限に反する基本権享有者の抵抗によって、初めて国家を縛り付けるわけではない。基本権享有者の自由を放棄しようという意思は、国家を、その基本権の拘束から解放するものではない。こうした根拠から、基本権の領域における『同意』の概念には用心が必要である」⁸¹⁾。

そうすると、次に問題になるのは、どの程度まで、基本権の領域において「同意」あるいは「基本権の行使の放棄」があり得るかという一般的な問いである。しかしながら、ハベルカテは、国家と個人の協力という思考枠組においてはおよそ法的に重要な不利益が想定されるかは疑わしく、「侵害」があるということが決定されている場合に初めて、基本権上の問題になりうるとするのである⁸²⁾。すなわち、「無傷の基本権の効力に固執することは、いずれにせよ、『基本権に関する不利益』（“Grundrechtsbetroffenheit”）がない場合には、うまくいかない」⁸³⁾。

こうして、ハベルカテは、基本権上の問題としては、「自由意識の喪失」を扱わない。国家による「侵害」と、目的拘束的な国家の給付とは、やはり異なるのである。この点においては、前述のフリアウフとヘンゼラーの

対立に関して、ヘンゼラーに親和的であると言えるであろう。

(4) 小括

ここで、これまでの議論を確認し、これからの議論の道筋をつけるとしよう。

本稿は、ごく大ざっぱに言えば、ますます拡大する給付行政の適切な規律を構想するに当たり、そのもたらす不利益をより深く把握するため、「自由意識の喪失」という新しい法概念の採用を提唱するものである。

本稿は、給付行政のうち、まず、「一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために、行政主体から行政客体に交付される現金的給付」を問題にし、こうした補助金交付行政のもたらす不利益を明らかにするために、想定される不利益を、その対象に応じ、競争者・市場・納税者・受領者のそれぞれについて論じた。そして、これらの不利益が実は段階構造をなしており、補助金交付行政の正当化にとって、受領者の不利益の正当化が前提問題であることを指摘した。

そこで、本稿は、受領者の不利益について、さらに深く検討した。すなわち、従来よく論じられてきた負担付贈与的な不利益に加えて、ハベルカテ論文の言う、「自由意識の喪失」の問題点を指摘し、その内実について検討したのである。

「自由意識の喪失」という問題は、確かに存在するであろう。しかし、それが基本権上の問題として扱うべきであるのかについて、当のハベルカテは、これを消極に解している。「自由意識の喪失」が、我が国における先行研究において必ずしも十分に論じられてこなかったのも、その憲法論上の有意性について疑義があったからであろうと思われる。

そこで、本稿は続いて、「自由意識の喪失」概念について、その憲法論上の有意性も含めて、法的な意味を論じることにする。ある概念が法的に意味を持ち、あるいは憲法論上も有意であるというためには、当該概念が単な

80) Haverkate(Fn.8), S.159.

81) Haverkate(Fn.8), S.160.

82) Haverkate(Fn.8), S.161.

83) Haverkate(Fn.8), S.161.

る事実概念ではなく、法的概念として認識される必要がある。しかし、「自由意識の喪失」概念は、そもそもこの点に疑念がある。したがって、本稿は、次に、「自由意識の喪失」概念の法的概念としての認識可能性を論じることにする。

4 法的概念への昇華

(1) 法的概念と事実概念

「自由意識の喪失」は発見されたが、それは、法的な意味において発見されたとは言いがたい。その意味で、それは、そのままでは事実概念に過ぎない。しかし、仮にそれが法的概念へ昇華したとして、それは、一体どのような効果をもたらすのか。そのような効果を持つ法的概念へ昇華するためには、一体どのような要件を満たせばよいのか。ここではこれらの検討を目的とするが、その前提として、まず、法的概念という言葉の意味を明確にしておく必要がある。そこで、ここでは、少なくとも本稿が用いる意味での、法的概念という言葉の意味を明確化する。

法的概念とは、「法命題を構成する要素」である。そして、法命題とは、言うまでもなく「法」的な命題である。そうすると、法的概念の意味を明確化するためには、まず「法」とは何かを問わなければならない。すなわち、「法」の概念の確定である。

しかし、「法」の概念については、長く論争が続いている。たとえばこうである。法は規範であるのか、それとも事実であるのか。法の本質的要素は外面性であるのか、それとも強制との結びつきであるのか。法たるためには内容上の「正しさ」も必要であるのか、それとも「悪法もまた法である」のか⁸⁴⁾。これらの混乱の故に、法概念の定義を放棄する者さえいる。たとえば、田中耕太郎氏は、「法の完全な定義を下すことはほとんど不可

能である」と言っているという⁸⁵⁾。

もっとも、本稿は、こうした「法」の概念論争に一矢報いようとするものではない。概念というものは、言葉を用いて定義する以上、その外延を完全に明確にすることは不可能である。そこで、本稿は、「自由意識の喪失」概念が法的概念になることによってもたらされ得る効果をいくつか想定し、その効果との関係で、当該概念が法的概念と言えるかどうかを検討することにする。ある概念が法的概念であるか否かを考えるとき、一般に、そのように具体的効果との関連で語られることが多いし、本稿の目的を達成するためには、それで十分であろうと思われるからである。

さて、「自由意識の喪失」概念が法的概念に昇華した場合に果たし得る効果には様々なレベルのものが想定されるが、ここでは、それらを大きく二つに分けることにする。すなわち、裁判規範以外のものとして機能するという効果と、裁判規範として機能するという効果である。本稿では、このうちの前者を「ホイリスティッシュな意義」と呼び、後者を「ドグマティッシュな意義」と呼ぶ⁸⁶⁾。(2)以降で、それぞれの効果との関係で、「自由意識の喪失」が法的概念と認識できるのかを検討する。

(2) ホイリスティッシュな意義

a 昇華の効果

(a) 二つの効果

ここでは、裁判規範としては機能しないものの、「自由意識の喪失」が法的概念として機能し得る場面がないかを検討する。そのようなものとして想定される効果は、第一に、「法的な思考枠組の提供」であり、第二に、「国家の非法的な義務の導出」である。

(b) 法的な思考枠組の提供

第一の「法的な思考枠組の提供」とは、「自由意識の喪失」という統一概念の下に、一定

84) 碧海・前掲注 69)40-42 頁。

85) 碧海・前掲注 69)43 頁。

86) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』454-466 頁（有斐閣、2000）は、「法関係」概念の法解釈方法論上の意義について、「ドグマティッシュな意義」と「発見的（ホイリスティッシュ）な意義」に分けて検討している。この枠組みを拝借することにする。

の性質を共有する諸問題をくくり出すというものである。それにより、共通の問題意識の下に、一群の不利益状態を検討することが可能になり、一定の体系化がもたらされ得る。そして、その範囲は、Ⅱでも検討するように、本稿がとりあえずの検討対象とした補助金交付行政を越えて、給付行政一般に及び得るものである。こうした効果は、直接にせよ間接にせよ何らかの権利・義務を発生させるものではなく、法的考察をするに当たって思考枠組を提供するに留まるものである。

そのような効果を持つ法的概念としては、以下のようなものがある。

たとえば、本稿が主題とする「給付行政」(leistende Verwaltung) という概念がこれに含まれるであろう。ある行政作用がこれに該当するからと言って、何らかの法的効果が発生するわけではない。しかし、「給付行政」概念は、統一概念として一定の性質を有する行政作用をくくり出すことを可能にする。それにより、侵害行政概念との対比の上で、行政作用の分析枠組として用いられるに至った。

あるいは、刑法における「不作為」概念もこれに含まれるであろう。ある行為がこれに該当しても、そこから刑事上の責任が導かれるわけではない。しかし、「不作為」概念は、一定の行為類型をその統一概念の下にくくり出し、その行為の主体に構成要件の結果を帰責させるための共通の要件を検討する際の、思考枠組として用いられている。

さらには、フォルストホフの言う「生活手段の供給」(Daseinsvorsorge) も、彼によればこれに含まれそうである。すなわち、フォルストホフは、生活手段の供給の概念の本質的機能として、「生活手段の供給に法的意味

が与えられるべきものであるならば、国家が、私法的形式に従って給付を執行する場合に、そこにおける公法的要素を確定することにあるのみ」とし⁸⁷⁾、その概念の範囲確定の困難さ故に、「生活手段の供給の概念を、何らかの量的質的観点の下に限定することは不可能であり、決定的なことは、法の定める構成要件を満たす者は誰でも給付を受けられる、といったような意味での性質上一般性をもった行政の給付、ということである」とし、「この概念は、それ自体としては立法政策的意義をもつものではない」とするのである⁸⁸⁾。

(c) 国家の非法的な義務の導出

第二の「国家の非法的な義務の導出」とは、国家に対し「自由意識の喪失」の非法的な保障義務を課すというものである。これにより、国家にとって、「自由意識の喪失」をもたらしにしようとするということが、立法・政策の指針となる。第一の「法的な思考枠組の提供」が、思考枠組を提供するに留まり、その意味で中立的なものであったのに対し、ここでの効果は、第一の効果により提供された思考枠組を前提に、積極的な価値判断を伴うものである。もっとも、裁判規範となるものではない。

そのような効果を持つ法的概念としては、以下のようなものがある⁸⁹⁾。

たとえば、「平和的生存権」がこれに含まれるであろう。すなわち、憲法前文二項は、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有する」とし、国家に対し、国民の平和的生存を確保するよう一定の行為規範を課している。その意味で、「平和的生存権」は、人権の基礎にあつてそれを支える理念的権利

87) 塩野・前掲注 5)295 頁。

88) 塩野・前掲注 5)296 頁。

89) 憲法 25 条 1 項の定める生存権について、プログラム規定説に立つ場合も、ここに含まれる。すなわち、長谷部恭男『憲法 (第 5 版)』266 頁 (新世社, 2011) に曰く、「プログラム規定説によると、25 条 1 項は、国民一般が健康で文化的な最低限度の生活を営むことができる条件を整える責務を政府に課したものであって、その意味では国政の綱領 (プログラム) ないし指針を宣言するにとどまる。このため、本条項は個々の国民に、健康で文化的な最低限度の生活を営むに足る具体的な給付を求める権利を直接保障したものではないし、単なる国政の指針の宣言にすぎない以上、裁判所による裁判の基準として機能する余地はない」。もっとも、判例ないし現在支配的な学説は抽象的権利説に立つため、ここでは特に取り上げない。

ということはあるが、その主体・内容・性質などの点でなお不明確であり、裁判で争うことのできる具体的な法的権利性を認めることは難しいと一般に解されている⁹⁰⁾。いわゆる長沼事件の控訴審判決も、「平和的生存権」は、「裁判規範として、なんら現実的、個別的内容をもつものとして具体化されているものではない」とした⁹¹⁾。

あるいは、「配分」もこれに含まれるとしてよい。すなわち、「生活手段の供給」概念が思考枠組を提供するものであることは(b)で述べたが、この概念の問題発見的・実践的意味は、これにより、「配分」に公法上の意味を与えることにあったのである⁹²⁾。こうして公法上の意味を与えられるに至った「配分」概念は、侵害行政において「自由」が保護されるべきであると同様に、国家に対し、国民の「配分」を保護するべきであるとする行為規範を課すものとなった⁹³⁾。

b 昇華の要件

(a) 概念の境界画定性

それでは、ある事実概念が、「法的考察に思考枠組を提供するもの」に、あるいはそれを越えて「国家の非法的な義務を課すもの」に昇華するための要件とはどのようなものであろうか。要件論を体系的・演繹的に展開するのは困難であるが、次のように考えることはできないであろうか。

第一に、概念の境界画定性が必要である。その概念の外延が曖昧であれば、その概念の下に一体どこまで、あるいは何をくり出していいかわからず、法的考察に有用とは言えない。あるいは、その概念の下に国家に課すべき義務内容も不明確となってしまう、むしろ混乱を招く危険さえある。

もっとも、厳密に概念の外延を画定することは不可能であろう。むしろ、その外延が不

明確なことこそが法的概念の特徴であるとさえ言える⁹⁴⁾。したがって、ここでは、法的考察に耐え得る程度に他の概念との境界が画定されていることが必要であり、かつそれで足りると言うべきである。

(b) 概念の問題発見性

第二に、概念の問題発見性である。すなわち、そのような概念を用いることで、新たな問題の発見に資する必要がある。そうでないなら、その概念は法的考察にとり無用であろうし、そのような義務を国家に課してみたところで意味はない。

上に見た例で言うなら、「給付行政」という概念があるからこそ、侵害行政との対比が可能になり、「給付行政」に特有の問題が明らかになるとともに、その反射として侵害行政という概念がより鋭敏になる。あるいは、「平和的生存権」という概念があるからこそ、その保障が不十分である国家の問題点が明らかになり、立法・政策に関する議論が豊かになるのである。

(c) 義務を課すべきであるという一定の価値判断

以上の二要件の具備により、「法的な思考枠組の提供」という機能は果たし得るであろう。しかし、それを越えて「国家の非法的な義務」を課するためには、以上の二点のみならず、第三に、その義務を課すべきであるという一定の価値判断を必要とする。その価値判断は、一個人が一個人として有していてもそれをもって国家に義務を課すものとはならない。その価値判断を認定するためには、それを越えた国家単位での徴表が必要である。

たとえば、「平和的生存権」の保障を国家の義務として課すべきであるという価値判断は、直接的には、憲法前文二項がこれを国家の行為規範として定めていることに由来す

90) 芦部・前掲注 73)38 頁。

91) 札幌高決昭和 51 年 8 月 5 日行集 27 巻 8 号 1175 頁。

92) 塩野・前掲注 5)317 頁。

93) 塩野・前掲注 5)295 頁。

94) 井上茂『法哲学研究 第一巻』13 頁（有斐閣、1971）によれば、ハートは、法的概念の不明確さの問題を、特に「周縁部の不明確さ（vagueness of the periphery）」に焦点をおいて分析した。すなわち、法的概念およびそれらを含む法規範が不明確であるのは、概念の周縁部の「ひらかれた構造」という性質ゆえに、そこにさまざまな要素がはいりこむからであるという。

る。このようにして憲法に定められている以上、裁判規範として機能するかどうかはさておき、「平和的生存権」を保障することが国家の行為規範に含まれていることは前提にしてよい。そうすると、問題は、それが非法的な義務に留まるのか、それとも後述(3)で扱うような裁判規範として機能するものであるのか、ということにある。そして、概念の境界画定性は有するとしても、その意味内容が不明確であることを理由として、「平和的生存権」は具体的権利性を有さず、裁判規範性も有しないとされているのである⁹⁵⁾。

これに対して「配分」は、憲法上に明文の規定を持つわけではない。それでは、どのようにして「配分」を保障すべきであるという価値判断がなされたのか。それは、行政活動の構造的変化にあったと言ってもよい。すなわち、伝統的な侵害行政に加えて給付行政がその存在感を増す中で、後者のための、より高度の嚮導概念が必要とされるに至り、この要請に応えるために、「配分」概念は登場したのである。こうして、「配分」概念こそ「法治国における基本権に代わるものでなければならず、かつ法治国の下における法概念では把握し得ぬところのもの」であって、「現代国家においては、人は彼に与えられた個人的自由によってではなく、配分によって自らを主張するのである」とされるに至った⁹⁶⁾。

ここから、少なくとも、①憲法上の明文規定がある場合か、②行政活動の構造的変化により嚮導概念として必要とされた場合には、国家に非法的な義務を課すべきであるという価値判断の徴表が見られるというべきである。このとき、「法的な思考枠組の提供」に過ぎなかった法的概念が、「国家の非法的な義務の導出」の機能を有するに至る余地があると言える。

c 昇華の如何

(a) 概念の境界画定性

それでは、bで確認した要件を、「自由意

識の喪失」概念は充足するであろうか。まず、概念の境界画定性を検討する。

「自由意識の喪失」とは、ハベルカテ論文によれば、以下のようなものであった。すなわち、国家がある誘導目的をもって補助金を交付し、営利企業の行動をある一定の方向に誘導する。それを受けた営利企業は、国家の誘導に沿い、補助金をもらっているうちに補助金中毒になり、補助金を放棄し誘導に乗らないという選択肢を失う。こうして、当該受領者は、「国家は、全ての人の福祉の最適な状態を保障すべきであり、個々人を平穏な状態にしておくべきである」という補助金メンタリティに陥り、国家任せの受動的な存在になってしまう。このとき、当該受領者は「自由意識の喪失」に陥っており、そうした補助金メンタリティは国家単位で蔓延してしまう虞がある。

ハベルカテ論文は「自由意識の喪失」をこれ以上具体的に定式化することはなかった。しかし、本稿は当該概念をより実践的なものに仕立て上げようとするものである。そこで、ここでは、ハベルカテ論文の意図からは若干離れることになるかも知れないが、以下のようにして補助金交付行政における「自由意識の喪失」概念を定式化し、それをもって概念の境界画定性の充足とする。

第一に、「自由意識の喪失」をもたらす主体は、「国家」である。確かに、同様の状態は、私人間でももたらされ得るであろう。しかし、本稿は、行政規律について論じるものであるから、「国家」によるもののみを対象とすれば必要十分である。

第二に、「自由意識の喪失」がもたらされるに至る過程は、「継続的な補助金交付の持つ中毒性」に拠る。ただ一回の単発的な交付では、「自由意識の喪失」はもたらされないであろう。交付が何度も繰り返され、私人がそれに依存し、それなくしてやっていくことが想定し難くなって初めて、「自由意識の喪失」

95) 長谷部・前掲注 89)67 頁は、「平和的生存権」の難点として、それが逆に適切な軍備の保持への要請を正当化するものであることを挙げている。このように、「平和的生存権」は、軍備の縮小・廃止とも保持・拡大とも結びつくものであって、その意味内容を確定することは困難である。

96) 塩野・前掲注 5)307 頁。

失」はもたらされ得るものである。

第三に、「自由意識の喪失」は、ここでは、営利企業に対する補助金交付行政によってもたらされるものであり、そこで問題となる「自由」は、経済的自由なかんずく職業選択の自由である。

なお、本稿は、「自由意識の喪失」を主題化すべき領域について、後にも述べるように、一定の限定を付す。それは、そうしないと、「自由意識の喪失」概念が希薄化され、法的考察に耐え得なくなってしまうからである。

すなわち、人が意思決定するとき、全く自己内在的なものだけに基づいてそれをなすということは原理的に想定し難い。多かれ少なかれ、人は外部からの影響を受けて意思決定をなすものである。それら全てについて「自由意識の喪失」を主題化することは、当該概念の意味内容を希薄化させてしまう。そのとき、当該概念は、全てを包含するがゆえに何も伝えない空虚な形式的概念になり下がってしまう。そこで、一定の限定を付すことが必要となる。

そのための方法は種々あり得るが、本稿は、「自由意識の喪失」を主題化すべき領域を、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」に限る⁹⁷⁾。その理由は、(4)において述べるが、本稿がまず検討対象にしている補助金交付行政により喪失される自由意識の領域は、これも(4)で述べるように、上記の領域に含まれる。したがって、ここでは、とりあえず「職業選択の自由」を問題にする。

第四に、「自由意識の喪失」がもたらされている状態とは、「自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失している状態」である。これは、自由に行動しようとする私人の行動を国家が制約する場面でも、私人の国家に対する請求を斥ける場面でもない。そもそも、自由に行動しようという意識自体を、私人が

失っている場面である。

第五に、「自由意識の喪失」がもたらされることにより、私人は、国家任せの受動的な存在になってしまう。こうして、国家によって自らの経済活動が支えられることを当然視するようになる。いわゆる「補助金メンタリティ」である。

「自由意識の喪失」がもたらされているだけでは、当該受領者の自律性・主体性が失われただけで、国家との関係ではなお中立的である。すなわち、「自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失している状態」というだけでは、自律性・主体性を失った自己の代わりとして、誰に選択・決定を委ねるかについては未定である。「補助金メンタリティ」は、こうした中立的な状況からさらに一步進め、自己の代わりに選択・決定を委ねるべき対象として、「国家」を設定するものである。

第六に、「自由意識の喪失」がもたらす影響は、当該私人のみならず、広く国家全体に及ぶ。すなわち、ハベルカテ論文も言うように、国家から全てを待ち望むという補助金メンタリティは、当該私人を越えて、広く国家全体に蔓延してしまう。これにより、市場の活力が失われてしまう。問題は、この両次元を捉えなければならない。

そこで、本稿は、「自由意識の喪失」によってもたらされる問題を、「個別的作用」と「全体的作用」に分ける。

個別的作用とは、個別的な受領者にもたらされる作用である。個別的作用が国家全体に蔓延しても、それぞれの個別的な受領者の不利益に着目する限り、それは個別的作用の集積に過ぎないから、本稿ではそれ自体はなお個別的作用と呼ばれる。また、個別的作用の一般的・抽象的可能性を論じる際には、その一般性・抽象性の故に視野は全体に及ぶことになるが、そこで捕捉しようとしているのが個別的な受領者の潜在的な不利益である限り、本稿ではそれ自体はなお個別的作用と呼ばれる。

97) 佐藤幸治『憲法（第3版）』445頁（青林書院、1995）の言葉を借りた。

これに対し、全体的作用とは、個別的作用が国家全体に蔓延することによって生ずるものであり、個別的作用の集積とは質的に異なる、個人個人に還元できない国家単位・国民単位での作用を指す。補助金交付行政においては、それは、市場の活力が奪われてしまうという作用である。すなわち、個別的な受領者の「自由意識の喪失」が国家全体に蔓延しても、それ自体は個別的作用の集積に過ぎないが、それによって、市場の活力が奪われるという国家単位・国民単位での不利益が生じたとき、それを全体的作用として捕捉しようというものである。こうした全体的作用には、市場の活力を奪う作用だけでなく、文化・学問分野において価値基準を捏造する作用、広くは民主主義を骨抜きにする作用も含まれるが、これらの点については後述する。

以上から、本稿がまず対象とする補助金交付行政における「自由意識の喪失」は、次のように定式化される（以下、これを「定式 i」という）。すなわち、「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な補助金交付の持つ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家から全てを待ち望むという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受領者を越えて市場全体の活力を奪うものである。そして、この程度の具体的な定式化であれば、概念の境界画定性を充足するであろう。

(b) 概念の問題発見性

では、概念の問題発見性はどうか。

第一に、「自由意識の喪失」概念は、私人の享有する「自由」について、より深い考察を可能にする。すなわち、それは、従来なされてきた「自由の幅」や「自由の性質」を語るものではなく、そのいずれの「自由」にも通底する、各種の「自由」の前提条件のようなものを問題にしているのである。仮にこうした「自由の前提条件」が語るに値するもの

であるなら、「自由意識の喪失」は問題発見性を有すると言うべきであろう。そして、「自由の前提条件」が語るに値するものであることは、(4)に見る通りである。

第二に、「自由意識の喪失」概念は、国家による「洗脳」を、法的に捉える道具立てとして有力である。国家は、国民を洗脳する動機を有する。その最たるものは、20世紀の歴史が目撃したところである。そして、給付行政の高まりは、国家に新たな「洗脳」の手段を与えるに至った。それは、従来の規制的で暴力的で強制的なものとは違い、優しく穏やかなものであり、「洗脳」の事実が隠蔽されたままにそれが遂行される虞が非常に大きい。こうした国家による「洗脳」を、政治的な議論に留めず、法的に捉える必要がある。「自由意識の喪失」は、そのための道具立ての有力な候補となろう。

こうした問題発見性を示すために、政治学における議論を紹介する。「自由意識の喪失」と同様の議論は、むしろ政治学の権力論においてなされてきたところである。自由は権力の及ばないところに存在するものであるから、権力論は自由論の裏返しとして大いに参考になろう。

すなわち、ルークスは、権力と自由について、三つの次元に分けて分析した。一次元的権力観は、「さもないければ B がなさなかったような事柄を、B になさしめる度合いに応じて、A は B に対して権力をもつ」というようなものである⁹⁸⁾。この権力観は、関係者相互の間の直接的な紛争や意見の対立にこそ、権力関係を確定する最も格好の材料があるという前提に立つものである⁹⁹⁾。

これに対し二次元的権力観は、第一次元のような具体的意思決定の場に明確に現れるものに限らず、「個人または集団が意識的、無意識的に政策をめぐる対立を公の嵐にさらさないように障害物を作り、あるいはそれを強化する限りにおいて、個人または集団は権力を持つ」と規定する¹⁰⁰⁾。この権力観は、「非

98) 久米郁男ほか『政治学』105 頁〔川出良枝〕（有斐閣，2003）。

99) 佐々木毅『政治学講義』60 頁（東京大学出版会，1999）。

100) 佐々木・前掲注 99)60-61 頁。

決定の決定」を「彼らの価値や利害に対する潜在的な、あるいは明白な挑戦を抑圧させ、失敗させる」という点で決定であり、権力の重要な作用であるとするのである¹⁰¹⁾。

以上の一次元的権力観・二次元的権力観は、アクター間の対立が争点化するか否かで異なるが、どちらにせよ、紛争や対立が存在することが前提とされ、自由を制約されている当人にとっては、それが自覚されているものであった。すなわち、「自由意識の喪失」はなされていないのである。しかし、さらに進んで、三次元的権力観として、「自由意識の喪失」をもたらす権力の作用が語られる。

三次元的権力観は、「本来ならば争点化するであろう問題が制度的に隠蔽され、決定から排除された者の真の利害が表出されないどころか、当人に意識されることすらないというかたちで行使される権力」に着目する議論である¹⁰²⁾。この権力観は、いわゆるコンセンサスと呼ばれるものは「本当の」コンセンサスであるのか、「虚偽の、操作された」コンセンサスではないのか、という問いかけであり、ここに、人間が自由な決定だと思うものが「本当は」自由な決定ではないという、無意識と意識との境界に関わる問題が浮上してくるのである¹⁰³⁾。

この三次元的権力が、「自由意識の喪失」を権力の側から語っていることは明らかであろう。ここでは、それが政治学の議論に留まらず、法的な問題としても取り扱われるべきであるかどうかの問題なのである。

(c) 義務を課すべきであるという一定の価値判断

ここまでの検討により、「自由意識の喪失」が「法的な思考枠組の提供」の機能を有するものであることは示された。それを越えて、「国家の非法的な義務の導出」の機能を有するためには、「自由意識の喪失」をもたらさないようにすべきであるという義務を国家に課すべきであるという一定の価値判断が必要である。

「自由意識の喪失」はそのような価値判断を備えているか。先にみたように、①憲法上の明文規定がある場合か、②行政活動の構造的変化により嚮導概念として必要とされた場合には、国家に非法的な義務を課すべきであるという価値判断の徴表が見られる。

まず、「自由意識の喪失」は、憲法上に直接の根拠を持つわけではない。そうすると、①の「平和的生存権」と同じルートで価値判断の徴表を見出すことは困難である。

しかし、②の、行政活動の構造的変化により新たに嚮導概念として必要とされる余地はあるのではないか。「自由意識の喪失」は、これまで縷々見てきたように、給付行政の拡大により発見された問題であるが、これは「配分」と同じである。すなわち、国家は、「生活手段の供給」を行わなければならないが、その過程において、私人に「配分」を保障しなければならず、そのやり方は、「自由意識の喪失」をもたらさないようなものでなければならない、とは言えないか。

こうした行政活動の構造的変化に、国家に非法的な義務を課すべきであるとする価値判断を見ることはできないか。「自由意識の喪失」がもたらされてはならないとしたら、その理由は何であるのか。この問いに答えるためには、私人が国家依存的になることによる弊害がいかなるものであるのかを明らかにする必要がある。

ここでは、「二〇世紀の政治がイデオロギーと『洗脳』の政治であったという生々しい体験」に思いを致すべきであることを指摘しておきたい。その「生々しい体験」は、権力の最も巧妙な作用によりもたらされたものである。すなわち、「権力の最も巧妙な形は争点が公の舞台に登場するのを防止することにあるよりも、そもそもいかなる意味においても紛争や苦情が発生しないようにすることにある」のであって、「コンセンサスといわれるものが、実は『虚偽の、操作された』それであるとすれば、権力の作用は二次元的権

101) 佐々木・前掲注 99)61 頁。

102) 久米ほか・前掲注 98)107-108 頁〔川出良枝〕。

103) 佐々木・前掲注 99)62-63 頁。

力観が考える以上に人間に深く入り込んでいくことになる」のである¹⁰⁴⁾。

そうした「権力の最も巧妙な形」が人類にもたらした惨禍は、もはや語るまでもないであろう。そのような惨禍を避けるためにも、国家には、「虚偽の、操作された」コンセンサスによって国民を騙すことのないようにする、少なくとも非法的な義務が課されていると言ってもよいように思われる。

(3) ドグマティシユな意義

a 昇華の効果

(a) 三つの場面

ここでは、「自由意識の喪失」が、裁判規範として機能し得ないかを検討する。すなわち、「自由意識の喪失」の有無が、法律上の権利・義務の発生根拠になるというものである。こうした効果は、これまで検討した効果とは異なり、より直接的・実践的意味を有する。すなわち、「国家の非法的な義務の導出」は、非法的・抽象的な行為規範を導くに留まり、「法的な思考枠組の提供」は、そうした方向性を思考する前提を提供するものに留まった。それに対し、ここでの効果は、法律上の権利・義務に関する裁判規範としての機能を有する。

本稿は、まずもって補助金交付行政についての行政規律を論じるものであるから、ここでは、こうした効果が補助金交付行政についての行政規律に具体的にどのような影響をもたらすのかについて、大きく三つの場面に分けて検討する。すなわち、国家賠償請求訴訟と抗告訴訟、そして住民訴訟である。

(b) 国家賠償請求訴訟

国家賠償法1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」とする。ここで、「自由意識の喪失」が裁判規範になるとは、「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付が「違法に他人に損害を加えた」ものであると言えるということであろう。すなわ

ち、損害賠償請求権の構成要件たる違法性ないし損害を基礎づけるものとなる。

仮にそう言えるとする、「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付をした場合、国又は公共団体はこれにより損害賠償義務を負うことになる。そうすると、行政は、こうした事態を避けるために、「自由意識の喪失」をもたらすような補助金交付を控えるようになるであろう。国家賠償請求訴訟において「自由意識の喪失」が裁判規範になることにより期待される効果は、以上のようなものである。

しかし、そのようにして違法性ないし損害があるとしても、こうした効果が法的ルートを通して現実化するには、さらに、二つの障害がある。第一に、「自由意識の喪失」により不利益を受けた受領者による訴訟提起の可能性であり、第二に、「自由意識の喪失」の立証困難である。

第一に、「自由意識の喪失」が実際に裁判規範として機能するためには、「自由意識の喪失」により不利益を受けた受領者による訴訟提起が前提になる。不利益を受けた受領者が訴訟を提起するからこそ、そこで違法が宣言される虞があり、そうした虞があるからこそ、行政は慎重になるのである。したがって、この意味での行政規律の強化が実現するかどうかは、受領者の訴訟提起の可能性に大きく依存する。

それでは、「自由意識」を喪失した受領者が訴訟を提起する場面などありうるのか。受領者自身はすっかり満足してしまっている以上、そのような事態は考えられないようにも思われる。しかし、「自由意識」をいったん喪失し、その間の自由な経済活動をその意味で妨げられたが、その後「自由意識」を回復し、そこで初めて「自由意識の喪失」による損害を主張することは観念的には考えられよう。

この「自由意識」の回復後の訴訟提起は、一見して非現実的であるようにも思われる。しかし、それは、民法における、医者の説明

104) 佐々木・前掲注 99)62 頁。

義務違反による患者の自己決定権侵害の議論と近似する¹⁰⁵⁾。すなわち、説明義務を果たされなかった患者は、不十分な情報をもとに選択をしなければならず、それを理由として自己決定権の侵害が肯定される。その時点において自己決定権は確かに侵害されているが、説明義務違反があったことに気づいていない段階においては、当該患者は自己決定権侵害を認識していない。当該患者は、説明義務違反があったことを知った後、自己決定権の侵害があったことを事後的に知り、そこで初めて、精神的損害を理由として慰謝料を求めて訴訟提起に至るのである。こうした事態が現に我が国の判例に現れている以上、「自由意識」回復後の訴訟提起は、理論的には想定できないものではあるまい。

もっとも、「自由意識の喪失」は、たとえ発生したとしても、いつ、どこで、誰に発生しているのか、他者にとってはもちろん、本人にとっても認識し難い。そうすると、「自由意識」回復後の訴訟提起の可能性は、自己決定権侵害を受けた患者に比べればはるかに小さく、その意味で相当にフィクショナルであり、理論上の想定に留まる。

第二に、「自由意識の喪失」の立証方法にも問題がある。すなわち、自らの経済活動が「自由意識」に基づいていなかったことを、如何にして立証するのか。

医者の説明義務違反による患者の自己決定権侵害の事案では、提供されるべき十分な情報が実際には提供されなかったことを立証すればよいであろう。しかし、受領者は、全ての情報を得た上で納得して受領しているのである。仮に国家の思う通りに誘導されていたとしても、それが「自由意識の喪失」の故なのか、自らの生きた選択に基づくものであるのか、外部に徴表が現れるとは考え難い。

そうすると、国家賠償請求訴訟において、「自由意識の喪失」が実際に機能することは、

現実には考え難いのではないか。

(c) 抗告訴訟

「自由意識の喪失」をもたらすような補助金交付決定は違法であるとして、その抗告訴訟を提起することが考えられる。たとえば、取消訴訟・無効確認訴訟である。ここで、仮に「自由意識の喪失」が裁判規範になるとしたら、これらの訴訟において要件となる違法性を基礎づけるものになるということであろう。

そうすると、抗告訴訟において「自由意識の喪失」が裁判規範として機能することにより期待される効果とは、次のようなものである。すなわち、「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付は違法となり、違法となれば抗告訴訟において取り消され得るため、「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付をしないよう、行政は慎重になる。

しかし、ここでも、私人による訴訟提起の可能性が問題となる。訴訟提起の潜在的主体として、受領者とそれ以外に分けて考えてみよう¹⁰⁶⁾。

まず、競争者などの受領者以外の第三者が提起する場合について、その場合には、第一に、行政事件訴訟法 10 条 1 項の主張制限が問題となる。すなわち、自己の法律上の利益に関係のない違法の主張を認めない同項の下では、受領者の「自由意識の喪失」を争点にすることは理論上困難であろう。そうすると、「自由意識の喪失」が裁判規範としての機能を潜在的には有していたとしても、そのことが第三者の提起した抗告訴訟において持つ意味はないことになる。

もっとも、行政事件訴訟法 10 条 1 項の規律を弱めようという見解も有力である¹⁰⁷⁾。しかし、仮にそうした見解に立ったとしても、そもそも第三者の訴訟提起については、第二に、行政事件訴訟法 9 条の原告適格が問題になる。

105) たとえば、最判平成 12 年 2 月 29 日民集 54 巻 2 号 582 頁、最判平成 13 年 11 月 27 日民集 55 巻 6 号 1154 頁、最判平成 17 年 9 月 8 日判時 1912 号 16 頁。

106) 佐藤英世・前掲注 14)104 頁は、ありうる競争者訴訟として、抗告訴訟・当事者訴訟・損失補償を挙げる。

107) 判例の採るところにはなっていない。塩野宏『行政法Ⅱ（第 5 版）』174 頁（有斐閣、2010）。この点については検討の余地があるが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

日本ではこの種の先例は見当たらないが、ドイツでは先に見たぶどう園主判決が、競争者の原告適格について非常に厳しい態度を採っている。すなわち、原告適格を肯定する根拠について、「国家が、競争者に対して拒絶した利益をある営利事業者に与えることによって機会平等を破壊し、それによって非受益者がもはや生存能力がなくなる程に利潤獲得競争状況を破壊する可能性がある」からであると述べているのである¹⁰⁸⁾。

これをそのまま受け取ると、法律ないし外部効果を有する行政規則に違反するだけでは、いかに不利な影響を受けるとは言え競争者には原告適格は認められない。補助金交付によって営業活動ができなくなるほどに大打撃を被る可能性があつて初めて、原告適格が認められる。それは、法律上その旨書かれていなくても、憲法上その保護が要求されているからであろう。これは、日本で言えば「法律上保護された利益」に言う「法律」に憲法を含めるドイツならではの論法である¹⁰⁹⁾。

翻って、日本においては、通説・判例によれば、「法律上保護された利益」に言う「法律」に憲法は含まれない。そうすると、ドイツのような論法で競争者に原告適格を認めることはできない。近年においては、平成16年の行訴法改正を受け、原告適格は拡大傾向にあり、憲法も含めようと言う見解もないではないが¹¹⁰⁾、やはり現段階では困難であると言わざるを得ないであろう。したがって、競争者などの受領者以外の第三者が適法に訴訟を提起する可能性は、少なくとも現段階では少ないと言わざるを得ない。

では、受領者による訴訟提起はどうか。ここで、受領者は、補助金に結び付けられた条件や負担が重すぎるとして争うわけではない。そのような受領者は「自由意識」を喪失していないいわば健全な受領者であつて、こ

こでは対象外である。「自由意識」を喪失した受領者は、補助金交付それ自体やそれに結び付けられた条件や負担を問題にしているのではなく、それによって「自由意識」に基づいて経済活動をする機会を奪われたことを問題にしているのである。そうすると、そのような受領者が補助金交付決定それ自体を争うことは想定し難い。

したがって、「自由意識の喪失」が法的概念として取消訴訟・無効確認訴訟等の抗告訴訟で裁判規範として機能することは現実には期待し難い。

(d) 住民訴訟

地方自治法242条の2の定める住民訴訟として、住民が「自由意識の喪失」をもたらすような補助金交付の違法を主張することが想定される。ここでも、「自由意識の喪失」が裁判規範になるとしたら、その違法性を基礎づけるものになるということであろう。それにより期待される効果も、国家賠償請求訴訟や抗告訴訟と同様である。

もっとも、客観訴訟（行訴法5条）たる住民訴訟においては、住民でありさえすれば基本的に提起することができるから、国家賠償請求訴訟のように「自由意識」回復後の受領者を想定する必要はなく、抗告訴訟のように原告適格の問題も生じない。その意味で、国家賠償請求訴訟や抗告訴訟より強力である。ただし、補助金交付の主体が地方レベルに限られ、国の行為を捕捉できないという難点がある。

この住民訴訟というルートは、不利益を被る主体のうち、受領者・競争者に着目する国家賠償請求訴訟・抗告訴訟と異なり、納税者に着目する議論にその淵源を持つ。すなわち、住民訴訟は、元来、GHQの指示のもと、アメリカで判例法上認められていた主観訴訟としての納税訴訟（taxpayers' suit）をモデ

108) 佐藤英世・前掲注14)109頁。

109) 中川義明「取消訴訟における『第三者』の原告適格の基準としての基本権適用論序論」手島孝氏還暦祝賀論集『公法学の開拓線』246頁、262頁（法律文化社、1993年）。

110) たとえば、橋本博之「原告適格論の課題」民商130巻4・5号614頁、623頁（2004）は、改正法の解釈として、「侵害される利益の内容・性質が基本権侵害に当たるような場合、侵害の態様・程度と合わせるかたちで、憲法論を踏まえた根拠法令の解釈として原告適格を拡大していくことが可能」だとしている。

ルにして1948年の地方自治法改正で導入されたものであった¹¹¹⁾。その後、出訴権者は納税者から住民となり、客観訴訟たる住民訴訟として再構成されたのである。

しかし、ここでも、国家賠償請求訴訟と同様、立証の方法が問題となる。したがって、住民訴訟においても、「自由意識の喪失」が実際に機能することは、現実には考え難いように思われる。

b 昇華の要件

さて、aにおける検討により、「自由意識の喪失」が裁判規範たり得たとしても、訴訟提起の可能性・原告適格・主張制限・立証困難等の訴訟法上の障害により、それが実際の訴訟において機能することは想定し難いことが確認された。これをもって昇華の効果が全く期待できないと言えるのであるなら、その昇華の要件と如何を論じても実践的には何ら意味はない。

しかし、昇華の効果は、全く期待できないわけではない。たとえば、実際の訴訟において機能しなくても、法律上の権利・義務の発生根拠であることが確認されれば、補助金交付にも「法律の留保」が必要であるとする論拠の一つになるであろう。あるいは、「自由意識の喪失」の要回避性が立法・政策の方針としてより強く意識されるべきことになろう¹¹²⁾。そこで、以下では、訴訟法上の障害をひとまず措き、実体法的観点からのみ検討する。

aでの検討でも見たように、「自由意識の喪失」が裁判規範たり得るとしたら、国家賠償請求訴訟・抗告訴訟・住民訴訟のそれぞれにおいて、「違法性」を基礎づけるものとして機能することになる。それでは、どのような場合に「自由意識の喪失」をもたらす補助

金交付が違法とされ得るか。次の二つの場合が考えられる。

第一に、立法府が「自由意識の喪失」をもたらすような補助金交付を認めていない場合、それに反する補助金交付は明確に違法であると言いやすい¹¹³⁾。明文で禁止していなくても、趣旨からして認めていないと解釈できる場合でもよい。

第二に、問題は、法律段階ではそのような限定がなされていない場合であり、それがむしろ通常である。この場合、それにもかかわらず違法であるというためには、合憲限定解釈により実は法律段階においてもそのような補助金交付は許されていないとするか、そのような補助金交付を許す法律は違憲無効であるとするしかない。そして、そのいずれにせよ、基本権上の意味を「自由意識の喪失」概念が有する必要がある。

さらに、国家賠償請求訴訟においては、「自由意識の喪失」は、「損害」を基礎づけるものとしても機能することが期待されている。では、ここでの「損害」とは何か。

受領者は補助金を受領したこと自体を問題にしているのではなく、補助金を受領したことによって、自らの「自由意識」に基づく経済的活動をする機会を奪われたことを問題にしているのである。そうであれば、「自由意識」に基づく経済活動をする機会を奪われたことによって被った精神的損害を慰謝料として請求することになろう。もっとも、その前提として、「自由意識」が民法の不法行為法上の要保護性を有することが必要となる¹¹⁴⁾。

そうすると、「自由意識の喪失」が法律上の権利・義務に関する裁判規範たり得るのは、国家賠償請求訴訟・抗告訴訟・住民訴訟のいずれにせよ、①法律段階ないし②基本権

111) 宇賀克也『地方自治法概説(第3版)』238頁(有斐閣, 2009)。

112) 蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第3巻 権利の保障』105頁, 132頁(日本評論社, 1994)は、government speechを主題とするものであるが、「政府によって精神形成されない権利(right not to be informed)」を「人権」として承認することの困難さを肯定し、それが裁判規範として機能することは困難であるとしつつ、憲法の人権規範の役割として、裁判規範だけでなく問題発見的機能をも重視し、そうした観点から、「政府によって精神形成されない権利」という問題を意識する必要性を説く。

113) もっとも、その場合であっても、いわゆる職務行為基準説に立つ場合、法律の規定に反するだけでは国家賠償法上違法とは認められない。

114) 塩野・前掲注107)296頁は、「国家賠償法は、民法の特則を定めたもの」とする。なお、国家賠償法4条参照。

上の要請として「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付が禁じられている場合である。さらに、国家賠償請求訴訟においては、③「自由意識」が不法行為法上の要保護性を有していることが必要となろう。

以上により、以下で検討すべきなのは、第一に、法律段階で「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付が禁じられ得るか、第二に、「自由意識」が不法行為法上の要保護性を有し得るか、第三に、「自由意識の喪失」が基本権上の要回避性を具備し得るか、に限定されることになる。

c 昇華の如何

(a) 法律段階における要請

法律段階において「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付が禁じられるか否かは、基本的には、広く立法府の裁量に委ねられている。立法府にそのような非法的な義務が課されることはあろうが、その義務はあくまで政治的なものに過ぎず、法的責任は基本的には導かれない。問題はひとえに、「自由意識の喪失」が「国家の非法的な義務の導出」という効果を発揮し、立法府がこれに如何に従うかという点に収斂される。

そうすると、法律段階における要請の有無は、基本的には立法府の裁量に委ねられていると言わざるを得ない。そして、その裁量権行使の如何は、「自由意識の喪失」の国家に非法的な義務を課するという効果の大きさ、立法府のその義務に対する誠実さ、それらに強く影響する政治状況など多くのファクターに依存しよう。

もっとも、現実問題として、法律に「自由意識の喪失」を禁じる旨明記されることは想定し難く、明記されていない場合に法律の趣旨からその禁止を導くのも困難であろう。そうすると、やはり、行政規律の強化にとっては、後に検討する基本権上の意味の有無が決

定的であると言わざるを得ない。

(b) 不法行為法上の要保護性

不法行為法上保護される権利ないし利益には、大きく分けて二つの類型がある。すなわち、第一に、身体（710条）、自由（710条）、名誉（710条、723条）、生命（711条）、財産権（710条）という民法典が言及する法益である。第二に、民法典には必ずしも列挙されていないが、保護されるべきであるとされるものである¹¹⁵⁾。ここでは、この後者を捉えて、「生成中の権利ないし利益」と呼ぶ¹¹⁶⁾。「自由意識」は民法典が言及するものではないから、それが不法行為法上の要保護性を獲得するのは、「生成中の権利ないし利益」として獲得する場面に限られることになる。

ここで、生成中の権利ないし利益の具体例を一つ検討しよう。すなわち、「景観利益」である。「景観利益」は、従来、不法行為法上保護されたものではないとされてきた。すなわち、法的な意味での私人の権利・義務には影響を与えず、その意味で事実概念であったのである。しかし、最高裁は、近年これを法律上保護に値するものとして認めるに至った¹¹⁷⁾。

すなわち、判旨に曰く、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（以下『景観利益』という。）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」¹¹⁸⁾。

それでは、なぜ、「景観利益」は要保護性の獲得に成功したのか。第一に、社会状況の変化があろう。すなわち、1960年代に始まる経済の高度成長と裏表をなして、環境破壊が進んだことである。そして、第二に、それを一つの契機として、私人の環境に対する権

115) 窪田充見『不法行為法——民法を学ぶ』97頁（有斐閣、2007）参照。

116) 生成の度合いは権利ないし利益により様々であって、既に生成がほぼ完了したと見られるものもあろう。その場合、「生成中」というのは適切でないかもしれない。もっとも、本稿では便宜上、生成がほぼ完了したものも含めて、「生成中」という。

117) 最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁。

118) もっとも、事案の解決としては、不法行為責任は否定された。一般的な要保護性は認められたが、不法行為責任の成立に対してはかなり厳格な態度が採られている。

利・利益意識が格段に高まったことである。このようにして、「景観利益」の重要性が生成ないし発見されたことが、それが要保護性の獲得に成功した理由であろう¹¹⁹⁾。このように、認められる権利・利益のカタログや内容は、時代や場所に応じて、それぞれの社会通念によって左右されうるものである¹²⁰⁾。

したがって、「自由意識」が不法行為法上の要保護性を獲得するためには、少なくとも「景観利益」との対比で言えば、社会状況の変化に伴い、その重要性が生成ないし発見される必要があると言える。それでは、「自由意識の喪失」は、こうした要件を充足するか。

社会状況の変化としては、福祉国家化とそれに伴う行政活動の変容、すなわち給付行政の拡大がまずもって指摘されよう。それに伴い、フォルストホフが「生活手段の供給」や「配分」という新たな法的概念の必要性を説いたことは前述のとおりである。「自由意識の喪失」も、こうした潮流に沿い、ある意味では、その重要性が生成ないし発見されてよい。

しかし、こうした重要性の生成ないし発見は、あくまでも、私人对国家の関係においてであることに注意を要する。すなわち、福祉国家化に伴って給付行政が拡大し、私人を国家依存的にするほど国家が「優しく」なったからこそ、その「優しさ」に惑わされずに防御すべき新たな次元の表れとして、「自由意識の喪失」を語る必要性が高まったのである。

そうすると、不法行為の成立を肯定するとしても、それはあくまで国家が不法行為者である場合に限られ、したがって次に検討する基本権上の問題として扱われるべきものであることになろう。私人間においては、「自由意識の喪失」をもって不法行為の成立とすることは妥当な結果をもたらさないように思われる。

したがって、やはり、「自由意識の喪失」概念が裁判規範性を有し、行政規律を強化するためには、次に検討する基本権上の要回避性が決定的となる。

(c) 基本権上の要回避性

こうして、本稿にとっては、「自由意識の喪失」概念の基本権上の要回避性が深刻な問題となる。そこで、本稿の体系性を重視する場合にはここで論じるのが筋であるが、(4)で改めて論じることにする。もっとも、その前提として、三点確認しておく。

第一に、「自由意識の喪失」が基本権上の要回避性を有することの意味は以下である。すなわち、実体法的には、国家賠償請求訴訟・抗告訴訟・住民訴訟において「自由意識の喪失」をもたらす行政作用の違法性・違憲性を導き、国家賠償請求訴訟においてそれによる損害を導く。

第二に、もっとも、そのような実体法的な効果は、訴訟法上の障害により実際には実現し難い。しかし、なお実践的にも重要な効果を期待し得る。たとえば、そのようにして「自由意識の喪失」の重要性が確認されることにより、補助金交付行政にも「法律の留保」が必要であるとする論拠の一つとなる。あるいは、「自由意識の喪失」の要回避性が、立法・政策における重要な指針の一つとなる。

第三に、(4)における検討に当たっては、専ら具体的権利を念頭に置く。そのことの意味は、以下である。

権利には、その抽象性・具体性の程度に応じて、抽象的権利と具体的権利の二種類があると言われる。そして、後者はもちろん、前者であっても、基本権上の要請に他ならないのであるから、ここにいう「基本権上の直接的要請」をもつ法的概念に含めてよい。

たとえば、憲法 25 条 1 項は、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権

119) 元来重要であったのに認識されていないだけであったのか、元来重要でなかったのに時の経過とともに重要性を獲得したのかは、厳密に言えば異なる。しかし、現象面としては同じであろうから、ここでは特に区別しない。

120) もっとも、「景観利益」は不法行為法上の要保護性の獲得には成功したが、未だ基本権上の意味を有するには至っていない。本判決も、「景観権」と言い方はしていない。基本権上の意味を有するには、さらに越えるべきハードルがあるのである。窪田・前掲注 115)145 頁は、本判決が景観権というものを承認しなかったことを指摘しつつ、それは、不法行為上は決定的でないとする。

利を有する」とするが、この同項が定める生存権の法的性質について、判例は、抽象的権利説に立っていると言われる¹²¹⁾。すなわち、いわゆる朝日訴訟で最高裁は¹²²⁾、「健康で文化的な最低限度の生活なるものは、抽象的な相対的概念であり、その具体的内容は、文化の発達、国民経済の進展に伴って向上するのはもとより、多数の不確定的要素を総合考量してはじめて決定できるものである」から、「何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、いちおう、厚生大臣の合目的的な裁量に委されており、その判断は、当不当の問題として政府の政治責任が問われることはあつても、直ちに違法の問題を生ずることはない」としつつも、「ただ、現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によつて与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となることをまぬかれない」として、例外的にはあるが、基本権上の要請からして、裁判規範として機能することを認めているのである¹²³⁾。

しかし、こうした抽象的権利説は、「国家による自由」、とりわけ憲法 25 条の解釈問題で語られるばかりである。そして、本稿が検討対象とする「自由意識の喪失」は、ハベルカテ論文も言うとおり、「国家からの自由」、すなわち伝統的な防御権的自由を念頭に置いている。したがって、以下で「基本権上の直接的要請」を論ずるに当たっては、抽象的権利的なものは除外し、専ら具体的権利的なものを念頭に置くことにする。

(4) 基本権上の要回避性

a 「自由の前提」という問題

(a) 職業選択の自由の前提としての「自由意識」

では、「自由意識の喪失」が基本権上回避すべきものであると言うためには、何を論証すればよいのか。

「自由意識の喪失」の基本権上の要回避性とは、すなわち、「自由意識なき自由」ではなく「自由意識ある自由」が基本権上保護されるべきものであるということである。そして、ある権利が基本権上保護されるべきであると言うためには、我が国で言えば、大きく分けて二つのルートがある。

第一に、憲法第三章の個別の条文として明文で保障されることである。憲法はさまざまな権利のカatalogを権利宣言に明示することにより、国家権力によつても制約しえない権利の内容を明らかにする一方で、国家がそれらの権利を実現すべき義務を負うことを示している¹²⁴⁾。このように憲法に明記されることによって、当該権利は社会における共通の了解事項となる。それにより、その保障根拠や範囲に争いがあつても、少なくとも当該権利の核心と見られるような事案は、ただ条文があるということによって解決することができるようになる¹²⁵⁾。

第二に、そのように個別の条文として明文で保障されていないとしても、憲法 13 条により保障されるものがある¹²⁶⁾。いわゆる「新しい人権」である。すなわち、明文によつては保障されていないが、やはり基本権上保障されるべき「新しい人権」として、プライバシー権、名誉権、環境権、「一般的自由」などがしばしば挙げられる¹²⁷⁾。これら

121) たとえば、長谷部・前掲注 89)270 頁。芦部・前掲注 73)261 頁は、いわゆる朝日訴訟について、プログラム規定説に立ったかのような記述をしているが、判旨は後述するように 25 条 1 項が裁判規範として機能することを認めているのであるから、少なくともその限りでは抽象的権利説に立っていると言うべきであろう。

122) 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 巻 5 号 1043 頁。

123) なお、最大判昭和 57 年 7 月 7 日民集 36 巻 7 号 1235 頁（いわゆる堀木訴訟）も、憲法 25 条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定について、「それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合」には、司法審査の対象になるとしている。

124) 長谷部・前掲注 89)93 頁。

125) 長谷部・前掲注 89)93 頁。

126) 長谷部・前掲注 89)143 頁。

127) 長谷部・前掲注 89)144 頁。

「新しい人権」は、それぞれに十分な理由を持って、生成されてきた。

もっとも、「自由意識ある自由」は、こうした基本権のカatalogの議論とは次元の異なるものであると言わなければならない。それは、カatalog化されたそれぞれの基本権の前提要件についての議論である。すなわち、補助金交付行政について言うなら、既に基本権として認められている経済的自由、なかんずく職業選択の自由が保護されていると認めるためには、その前提として「自由意識の喪失」がもたらされていない必要があるのか否か、という問題設定である¹²⁸⁾。

ここでは、「自由意識の喪失」自体が問題なのではなく、それによって、保護されるべき自由が実は保護されていないことが問題なのである。この場面において「自由意識の喪失」の基本権上の要回避性を肯定するためには、職業選択の自由が保護されていると認めることの意味の探求を俟たねばならない。

(b) 表現の自由の前提としての「知る権利」

ところで、「知る権利」は、表現の自由の前提として保護されるに至ったものである。これは、本稿が職業選択の自由と「自由意識」の間に認めようとするものと、ある意味では類似する（もっとも、「自由意識の喪失」は、①給付行政の様々な場面に応用可能であること、②それ自体が権利として昇華することは予定されていないことから、強く類似しているわけではない）。

「知る権利」とは、情報を受ける自由を意味し、憲法21条1項の保障する表現の自由から導出されるものである。すなわち、最高裁によれば、「情報等に接し、これを摂取する自由」は、憲法21条1項の「趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれる」ものである¹²⁹⁾。

表現の自由は、情報をコミュニケーションする

自由であるから、本来、「受け手」の存在を前提にしており、知る権利を保障する意味も含まれる。しかし、19世紀の市民社会においては、受け手の自由をとくに問題にする必要はなく、したがって、「知る権利」は、法的概念として争点化することはなかった。20世紀になり、社会的に大きな影響力を持つマス・メディアが発達し、それらのメディアから大量の情報が一方的に流され、情報の「送り手」であるマス・メディアと情報の「受け手」である一般国民との分離が顕著になって初めて、「知る権利」は法的概念に昇華したのである¹³⁰⁾。

すなわち、表現の自由の保障根拠としては、民主的政治過程の維持と個人の自律が挙げられるところ¹³¹⁾、情報社会化に伴い、「各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつこと」について、それが「民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるもの」とするために必要であり、「その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないもの」であることが確認されるに至ったのである¹³²⁾。

このように、ある権利が本当に保障されているというためには、形式的にそれが保障されているだけに留まらず、その前提条件の実質的な確保が必要であることがある。表現の自由と「知る権利」の関係は、そのことを表している。「自由意識」も、職業選択の自由との関係において、そのように言うことはできないか。

(c) 職業選択の自由の保障根拠

それでは、職業選択の自由の保障根拠とは何か。職業選択の自由は、憲法22条1項によって保護されている。すなわち、「何人も、

128) 前述のように、Haverkate(Fn.8), S.152も、「自由の意識なき自由が認められうるかどうかは問題である」と問題提起する。本稿I 3(3)a参照。

129) 最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁。

130) 芦部・前掲注73)171頁参照。

131) 長谷部・前掲注89)192-195頁。

132) 最大判平成元年3月8日前掲注129)89頁。

公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」。こうして保障されている職業選択の自由は、自己の従事する職業を決定する自由を意味し、自己の選択した職業を遂行する自由、すなわち営業の自由もそれに含まれる、と言われる¹³³⁾。

では、「自己の従事する職業を決定する自由」や「自己の選択した職業を遂行する自由」というとき、その「自由」の内容として、「自由意識ある自由」であることも含まれていると言い得るであろうか。

この点につき、最高裁の「職業」に関する理解が示唆的である。すなわち、最高裁は、薬局距離制限事件において、次のように説示した¹³⁴⁾。「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである」。

すなわち、最高裁によれば、職業選択の自由は、経済活動の自由であるとはいっても、それは同時に、人の人格価値ないし精神生活と緊密な関係を有する「自由」なのである¹³⁵⁾。そして、「自由意識なき決定」は、人格的価値に欠けると言わざるを得ない。人は、自らの「自由意識」に基づいて自由に決定するからこそ、自己のもつ個性を発揮することができるからである。そうであれば、職業選択の自由が保護されているというためには、やはり、「自由意識の喪失」がもたらされていないことが必要なのではなかろうか¹³⁶⁾。

本稿は、次に、この命題の理論付けを試みる。そのために、「人格的自律権」論を援用したい。

ｂ 「人格的自律権」論の延長線

(a) 「幸福追求権」の解釈論

ここで、「人格的価値」なるものを憲法がどれほど、あるいはどのようにして重視しているかが重要となろう。この点について、「人格的自律権」論を参照したい。これは、憲法 13 条の解釈論に係るものであって、主として佐藤幸治氏によって展開された議論である。

まず、憲法 13 条に係る基本的な議論の筋を確認しよう。憲法 13 条は、「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」と規定する。同条後段の「幸福追求権」の解釈については、諸説あるところであるが、通説的には、前段と後段を一体として捉え、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する主観的権利である」と解されている¹³⁷⁾。

通説は、こうして、憲法 13 条により保障されている自由を、ある意味では非常に狭く解し、「人の生活活動全般にわたって成立する一般的自由である」と解する説等を排斥する。その理由としては、たとえば、「憲法はそもそも全くの恣意を保障するものとはいえず、『幸福追求権』は、単純な反射的利益から区別されるところの、憲法上列举された個別的基本権と少なくとも同等の内実をもつ人格的利益にかかわる権利と解すべきではないか、と考えられるからである」等とされている¹³⁸⁾。

そして、通説は、このような包括的権利を保障する 13 条と個別の人権を保障する条項

133) 芦部・前掲注 73)216 頁。

134) 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。

135) 佐藤幸治・前掲注 97)556 頁。

136) Haverkate(Fn.8), S.150 も、「自由な経済をそれぞれ自ら廃止することの影響は、経済的な自由の領域だけに限られるわけではなく、他の領域、すなわち経済的でない人格的な自由の領域にまで及んでいる」とする新自由主義経済理論を紹介する。本稿 I 3 (2)c 参照。

137) 佐藤幸治・前掲注 97)445 頁。芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』339 頁(有斐閣, 1994)。反対、長谷部・前掲注 89)143 頁。

138) 佐藤幸治・前掲注 97)447 頁。さらに、芦部・前掲注 137)342-344 頁参照。

との関係について、両者は一般法と特別法との関係に立ち、個別的基本権が妥当しない場合に限って13条が適用されるとする（補充的保障説）¹³⁹⁾。すなわち、たとえば佐藤幸治氏によれば、「幸福追求権」は、「人格的自律性を基本的特性としつつ、各種の権利・自由を包摂する包括性を備えているものであって、『基幹的な人格的自律権』とでも称する性質のものである」¹⁴⁰⁾。ここから様々な人権が派生することになる¹⁴⁰⁾。

さらに、「幸福追求権」の内実たる人格的利益として、個別の条項で保障されたものも含めて、①生命・身体の自由、②精神活動の自由、③経済活動の自由、④人格価値そのものにまつわる権利、⑤人格的自律権（自己決定権）、⑥適正な手続的処遇を受ける権利、⑦参政権の権利、⑧社会権の権利に類型化した上で、「幸福追求権」の補充的適用の余地があるのは、このうちの①④⑤⑥⑦であるとする¹⁴¹⁾。

(b) 「人格的自律権」論

上述のように、憲法13条の保障根拠は、「人格的自律」に求められた。憲法13条の適用範囲を限定すべきであること、その限定の方法として「人格的自律」を根拠として持ち出すべきであることは、学説上比較的広く共有されたことなのではないかと思われる。では、なぜ、「人格的自律」を根拠とするべきであるのか。

この問いに答えるものとして、本稿は、佐藤幸治氏の議論を参照し、その延長線上に「自由意識の喪失」を位置づけようとする。もっとも、氏は、いくつかの次元で「人格的自律権」という用語を使っている。そこで、まず、これを整理する。すなわち、以下の三つである。

第一に、上記のように、憲法13条により「幸福追求権」として包括的に保障されているものを「広義の人格的自律権」と呼んでいる。第二に、そのうちの、個別の条項によって保障されているものを除き、憲法13条によって補充的に保障されるものを「狭義の人格的自律権」と呼んでいる¹⁴²⁾。第三に、さらにそのうちの、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利（自己決定権）を「最狭義の人格的自律権」と呼んでいる（上記7類型のうち⑤である）¹⁴³⁾。

さて、憲法13条の保障根拠を「人格的自律」に求める根拠について、佐藤幸治氏は、次のように言う。憲法13条に従って個人として尊重するということは、人間を尊厳をもった存在と考えるということである。そして、「人間を尊厳をもった存在と考えようとすれば、人間を人格的自律性（personal autonomy）をもった存在と考えなければならない」¹⁴⁴⁾。そこにいう「自律とは、要するに、人が他者の意思に服することなく、“自己の生の作者である”，ということであり、そのためには、人にとって社会的に多様な選択が開かれていることが必要」である¹⁴⁵⁾。

すなわち、人間を「個人として尊重」することは、人間の尊厳を尊重することである。人間の尊厳を尊重することは、人格的自律性を前提とする。そのためには、人は「自己の生の作者」でなければならない。逆に言えば、その自由を制限されても、なお「自己の生の作者」と言えるような自由の領域であれば、それは、人格的自律性とは直接には関係せず、したがって人間の尊厳とも直接には関係せず、憲法13条によっては保障されていないことになる。こうして、憲法13条の保

139) 芦部・前掲注137)344頁、佐藤幸治・前掲注97)448頁。

140) 佐藤幸治・前掲注97)448頁。

141) 佐藤幸治・前掲注97)449-450頁。芦部・前掲注137)351頁は①も除く。

142) 佐藤幸治・前掲注97)448頁。

143) 佐藤幸治・前掲注97)459-460頁。ここには、①自己の生命、②身体の処分にかかわる事項、家族の形成・維持にかかわる事項、③リプロダクションにかかわる事項、④その他の事項が含まれる。

144) 佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」日本法哲学会編『現代における〈個人－共同体－国家〉』76頁、85頁（有斐閣、1990）。

145) 佐藤幸治・前掲注144)86頁。

障領域は、人格的自律を軸として画されることになる。

佐藤幸治氏は、こうしたかけがえのない自律を「権利」とみて、これを「人格的自律権」と呼ぶ¹⁴⁶⁾。さらに、「人格的自律権」の持つ作用を、「諸々の人権の派生してくる大本となる権利という側面」と「諸々の人権と並ぶ個別特定の権利としての側面」とに分け、前者を「基幹的自律権」、後者を「派生的自律権」と呼んだ上で、この「基幹的自律権」について、「憲法の保障する人権の保障を根底的に支え統合するもの」とするのである¹⁴⁷⁾。

ここでいう「諸々の人権の派生してくる大本となる権利という側面」とは、「広義の人格的自律権」を指し、「諸々の人権と並ぶ個別特定の権利としての側面」とは、「狭義の人格的自律権」を指すものと思われる。したがって、「人格的自律」という保障根拠は、個別の条項を持たず憲法13条で補充的に保障される人権のみならず、憲法第三章で個別の条項で保障された基本的人権にも及ぶものである。

以上を前提とすれば、憲法によって保障されているそれぞれの基本権的自由は、「人格的自律」に必要であるからこそ、保障されているのである。

(c) 延長線

佐藤幸治氏を代表とする「人格的自律権」論の狙いは、以上のように論じることで、「憲法上保護される自由の『対象』の、いわば領域的拡張を試みる」ところにあった¹⁴⁸⁾。すなわち、人が「自己の生の作者」として生きるのに必要な権利は、全て権利章典に書かれているわけではない。漏れてしまっているものもある。そこで、「人格的自律」という統一的な保障根拠を準備し、「基幹的自律権」

と「派生的自律権」という構成を採ることによって、そうした漏れ落ちた権利を、新たな基本的人権として積極的に基礎づけることが模索された。「人格的自律権」論は、第一に、そのための理論装置であったと言える。

しかし、「人格的自律権」論のインプリケーションは、以上に留まるものではない。すなわち、憲法典は、人が「自己の生の作者」として生きることを保障している。そこから、「自己の生の作者」として生きるために自己決定が必要な領域については、国家による強制は許されず、自律が尊重されることになる。しかし、自律を尊重するためには、その前提として「自由意識」を有する必要がある。 「自由意識の喪失」があるところでは、そもそも誰に強制されるまでもなく、その個人は自律的でありえない。最初からその個人がそうであれば、それは国家の係るところではないのかも知れない。しかし、国家が積極的に「自由意識」を奪うようなことは、許されないと言わなければならない。それは、尊重すべき自律の前提を破壊し、自己決定を表面的に保障していると言いつつその内実を奪い、そのとき当該個人は、決して「自己の生の作者」と呼べるものではないからである。

すなわち、「自由意識なき自由」を保障しただけでは、憲法の保障しようとする「自由」の保障にとり十分とは言えないのではないか¹⁴⁹⁾。もしそうであるとすれば、個人から「自由意識」を奪ってしまう国家は、やはり基本権上問題があると言うべきであろう¹⁵⁰⁾。

「自由意識の喪失」の基本権上の要回避性をこうして導出する以上、「自由意識の喪失」が主題化されるべき自由の範囲は、「人格的自律権」論の及ぶ範囲に限定されることになる。すなわち、(2)で既に結論は述べていたが、「自由意識の喪失」が主題化されるべき

146) 佐藤幸治・前掲注144)87頁。

147) 佐藤幸治・前掲注144)88頁。

148) 小泉良幸「自己決定とパターンリズム」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』169頁、173頁（岩波書店、2007）。

149) もっとも、佐藤幸治氏のいう「基幹的自律権」としての自己決定権が、その後の判例・学説で共有されてきたのかは疑わしい。たとえば、芦部・前掲注73)125-126頁も、自己決定権という題目の下に佐藤幸治氏のいう「派生的自律権」に相当するものについては触れているが、それ以上のものはない。長谷部・前掲注89)157頁も同様である。

領域は、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」に限られる。

では、本稿がそもそも検討対象としていた補助金交付行政によってもたらされた「自由意識の喪失」は、主題化されるべきものであったのか。先に紹介した最高裁判決も言うように、経済的自由は、単に「金儲け」の自由を保障しているわけではない。それは、各人が人格的に発展し、個性ある存在として自らの生を全うするためにこそ必要とされているのである。ここで問題になっている自由は、「自己の生の作者」として生きるために必要なものであり、したがって、主題化されるべき「自由意識の喪失」であったと言えるであろう。

以上からすると、憲法の保障する職業選択の自由が保護されているというためには、やはり、「自由意識の喪失」がもたらされていないことが必要であると言い得るであろう。

○「自己の生の作者」ということ

しかし、「自己の生の作者」とはどういうことであろうか。そのようなことは、あり得るのか。

個人が個人として生きる過程は、他者との交わりの蓄積である。個人の自己決定は、そうした他者との交わりの中で得た種々の経験の蓄積によって規定される。極端に言えば、思考の前提たる言語ですら、他者によって与えられたものである。その意味で、純粋に自己内在的な自己決定などというものは原理的にはあり得ない。したがって、「自己の生」を全て自分で作り上げるということはなく、「自己の生の作者」ということも、純粋な意

味では達成され得ないのではないか。

この点について、木村草太氏の議論を参照したい¹⁵¹⁾。氏は、「自由意思に基づく決定の場面を想定してみると、その決定は必ずしも自由ではないことが分かる」とする¹⁵²⁾。すなわち、人が自由意思に基づいて決定していると言い得るとき、それは、必然性のない単に自由な選択であってはならない。必然性のない単に自由な選択である場合、それは、選択肢間に差異を見出し難い場合の選択であって、選択肢が1つであるのと何ら変わらない。そうではなくて、自由意思に基づく決定とは、自由な選択が可能ではあるが、当人にとってはそうせざるを得ないものとして感覚されるものでなければならない。ここから、氏は、「自由意思とは、『自由かつ必然的な選択』をする能力を意味する」とする¹⁵³⁾。

そして、この「必然性」を生み出すのは、その人格の過去であるとし、「人格とは、選択を拘束する過去を蓄積した存在である」と概念規定する¹⁵⁴⁾。そうすると、人格の生成にとっては「過去」とは何かを問わねばならないところ、木村草太氏は、過去とは「現在の経験（想起という種類の経験）の中にあるもの」とし、「想起される過去は、何らかの機制により選択的に構成されるもの」だとする¹⁵⁵⁾。そして、「その過去を制作するのは、その人格ではなく、その人格にとって自己でないもの、つまり他者だということになる」とするのである¹⁵⁶⁾。なぜなら、「過去は、人格に論理的に先行するのであり、その人格が自ら過去を制作することはできないはずである」からである¹⁵⁷⁾。

木村草太氏の以上の議論を前提にすると、「個人の自己決定」、つまり自由意思による決

150) 佐藤幸治・前掲注 97)392 頁は、より端的に、「人権とは、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利である」とする。

151) 木村草太「平等権——誰の何に関する何のための平等か」長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』3 頁（法律文化社、2010）。

152) 木村・前掲注 151)23 頁。

153) 木村・前掲注 151)15-16 頁。

154) 木村・前掲注 151)17 頁。

155) 木村・前掲注 151)17-19 頁。

156) 木村・前掲注 151)19 頁。

157) 木村・前掲注 151)19 頁。

定は、結局は「他者」によって拘束されていることになるのである¹⁵⁸⁾。氏の言う「自由意識」と本稿の言う「自由意識」の意味内容の異同についてはなお検討を要するが、それらに基づく決定が上記の理由で他者に拘束されているというレベルでは、本稿も、基本的にこの立場に同調する。

さて、こうした木村草太氏の議論の本稿へのインプリケーションは、次の三点である。

第一に、「必然性」を軸とする「自由意識の喪失」の再定位である。すなわち、自由意思が「自由かつ必然的な選択」をする能力であるとすると、典型的な規制作用は、この「必然性」を抑圧するものである。それは、行為者にとっては他の選択肢もないわけではない中で必然的に選択されたある行為について、国家が禁止ないしそれを理由として不利益を課すものである。

これに対し、「自由意識の喪失」は、その「必然性」をそもそも剥奪してしまうものである。すなわち、当該給付作用がなければその私人はある一定の行為を必然的に選択したであろうところ、「自由意識の喪失」により、当該選択はその「必然性」を失い、当該私人は国家の誘導に乗っけておけばよいという精神状態に陥る。それは、本来であれば発揮されたであろう人格の発露を、予め奪ってしまうものである。

第二に、しかし、「自由意識の喪失」概念の有用性に対するある疑念も生じる。すなわち、先に、「自由意識の喪失」とは、「本来であれば発揮されたであろう人格の発露」を予め奪うものであるとした。しかし、「本来であれば発揮されたであろう人格の発露」など、純粋な意味ではあり得ない。すなわち、木村草太氏によれば、自由意思による決定は、結局は「他者」によって拘束されていた。そうであれば、この「他者」の一部として国家が参与し、その結果新たな「必然性」が生まれたところで、当該個人の「人格の発露」を予め奪うことにはならないのではないか。

国家が「必然性」の形成に参与することは、果たして問題であろうか。まず、国家は、行政作用を行う中で、必然的に私人との日常的な関わりを持たざるを得ない。そうした関わりの中で、微々たるものであるとは言え、国家は私人の「必然性」の形成に影響を及ぼしているであろう。そうすると、国家が「必然性」の形成へ参与することを全く禁ずるのは現実的ではない。

また、国家の影響力の大きさは、それだけでは問題にならない。確かに、国家はその強大さから、私人の「必然性」の形成にも多大なる影響を及ぼすことがあり得る。しかし、そうした国家の影響力よりも、通常の家環境における両親の子供に対する影響力の方が多大であろう。両親の影響が大きいからと言って、その子供の人格形成は偽物であると誰が言うだろうか。

私人は、私人間において、互いの人格形成に影響を及ぼし合うものである。そして、人格とは、そのようにしてしか形成され得ない。つまり、「自己の生の作者」であるとは、完全に自己内在的なものから自己の生を作ることを意味しているのではない。他者との関わりの中で、あるいは様々な境遇を生きて行く中で、それらの影響を大いに受けて、そうして他ならぬ自らの人格を形成していくことこそが、「自己の生の作者」ということであろう。

これと同様のことは、ラズも言っているという。すなわち、ラズによれば、「自律的生 (autonomous life)」とは、「人生の様々な局面におけるコミットメントと、それによる新たな関係性の創出・変容を通して、自分は自分の人生の物語の作者であり、その物語は、他の誰の人生の物語とも交換不可能なかけがえのなさをもっているという自己了解が成立するような生き方」である¹⁵⁹⁾。

したがって、「自己の生の作者」と言えるかどうかは、他者の影響の度合いに依存するのではない。むしろ、その形成過程の自然

158) 木村・前掲注 151)17 頁。

159) 小泉・前掲注 148)171 頁。

性・自発性に依存すると言うべきではあるまいか。すなわち、私人が、自らの人格形成を「他の誰の人生の物語とも交換不可能」なものだと感覚するのは、それが、偶然の中で、自然に、自発的になされたものであるからであらう。そうであるからこそ、その人格は、唯一無二なのである。

そうではなくて、国家がある私人について、ある人格形成を企図して、そのためにその絶大なる権力を行使したとしよう。そして、その結果、当該私人が国家の思うままに、ある意味で「必然的に」その人格を形成したとしよう。そのとき、当該私人は、そうして形成された自らの人格を、「他の誰の人生の物語とも交換不可能」なものだと感覚するであらうか。大量生産可能な人格の一つに過ぎない、いくらでも交換可能なものだと感覚してしまうのではないか。

蟻川恒正氏は、政府言論について、以下のよう言う。すなわち、「政府による言論の内容が、それらの人々の思考と精神の過程を消去不能な強度を以て侵すであろうことが容易に予測され、そのようにして滲透した政府情報が、たとえば聴衆の精神活動に有益な影響として検出されることがあるとしても、かかる滲透そのこと自身が、個人の思考と精神の自律に対する国家による重大な制約でありうる」¹⁶⁰⁾。本稿の立論と極めて整合的である。

したがって、以下のように言うことができる。すなわち、国家が「必然性」の形成に参加することは、それだけでは問題ではない。しかし、それがなければ形成されたであろう「必然性」を剥奪してしまうほどに「必然性」の形成過程に強く影響を及ぼすこと、すなわち、「自由意識の喪失」をもたらすことは、正当な理由がない限り、やはり許されてはならない。

第三に、ここから、「自由意識の喪失」に関わる行政の統制方法について、一定の方向性が導かれる。すなわち、「自由意識の喪失」をもたらす行政作用の合憲性は、目的によっ

てその判断枠組を違えるべきである。

それは、つまり、こういうことである。まず、①国家が目的的に「自由意識の喪失」をもたらすことは許されない。しかし、②他の正当な行政目的のための行政作用が、間接的・副次的に「自由意識の喪失」に貢献してしまうことは不可避である。そのような場合は、その目的に照らし、その貢献度が許容され得るものであるかどうかを問題とすべきであらう。

d 「同意あれば被害なし」?

しかし、「自由意識の喪失」には、受領者の「同意」があるという難点がある。この「同意」が、基本的には許されない「自由意識の喪失」を正当化する事由にはならないか。すなわち、「自由意識の喪失」を被る受領者自身が、これに同意をして補助金を受領している以上、そこに「被害」はないのではないか。仮にそうだとすると、ここに基本権上の問題はないようにも思われる。

もっとも、この点に関しては、本当に「被害」がないと言い切れるのかどうか疑わしい。その理由としては、次の三点が指摘されよう。

第一に、受領者は、事実上補助金の受領を強制されている場面があるということである。この点は、前述のようにフリーアップが指摘するところである。厳しい競争環境に立たされている場合、補助金を受領しないことは競争上の敗北に直結し得る。すなわち、国家が補助金を受領せざるを得ない構造を作り出しているのであって、そうした構造における受領者の「同意」は、本当の意味で「自発的」なものとは言えず、そこには瑕疵があると言わなければならない。

第二に、受領者は、補助金の受領には「同意」しているが、「自由意識の喪失」には「同意」していないとも言えるということである。国家が補助金を餌にして（乳牛のフリをして）、その実、受領者を意のままに操ろうとしているのなら、ルークスの権力論に見た如く、一層タチが悪いと言わなければならない

160) 蟻川・前掲注 112)112 頁。

い。そして、そのような国家の意図を見抜くことは困難である以上、規律を厳格にする必要があるとも言えるであろう。

第三に、たとえ完全に有効な「同意」があったとしても、必ずしも被害がないとは言いきれないことである。先に見たように、「自由意識」は、憲法上の権利の前提をなす重要なものである。それを、如何に同意があるとは言え、補助金によって売り渡すようなことが本当に認められてよいのか¹⁶¹⁾。

完全に有効な「同意」があるにも関わらず、違法性を阻却しない場面は、種々の法領域においていくつか見られるものであり、決して珍しいものではない。

たとえば、刑法においては、法益主体による有効な同意が存在することによって、当該法益の法益性ないし要保護性が失われ、その結果犯罪の成立が否定されると言われる¹⁶²⁾。しかし、刑法 202 条は「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又はその嘱託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に処する」とし、「同意なければ被害なし」の例外則を明文でもって認めている。そして、その根拠については争いがあるものの、「生命の絶対的価値から、自殺者・被殺者の当座の意思に優越する保護の要請（パターナリズム）が生じることによる」と説明されることが多い¹⁶³⁾。13 歳未満の男女に対する強制わいせつ・強姦についても、同様の議論ができるであろう（刑法 176 条後段、177 条後段）¹⁶⁴⁾。

あるいは、刑事訴訟法における「取調べの限界」という論点を参照しよう。捜査機関に

よる私人に対する取調べは、それが私人の「同意」に基づくものであっても、違法になり得るとされる。すなわち、判例は、「任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものである」としている¹⁶⁵⁾。ここで、社会通念上の相当性が何故必要とされるかについては議論がある¹⁶⁶⁾。なぜなら、自由な意思決定に基づく同意がある以上、同意が及ぶ範囲では利益制約を考える余地はないからである。

この理由について、本稿にとり最も示唆的なのは、大澤裕氏の指摘である。すなわち、氏は、「自由な意思決定に基づく承諾が認められる場合でも、意思決定の過程で外部から受けた働きかけについては、人格的な価値（他者の干渉を受けることなく自己決定する自由）に対する制約として、独立に、その限度を問題にし得る」としている¹⁶⁷⁾。もっとも、このような見解については、佐藤隆之氏の次のような言説がそのまま批判として妥当する。すなわち、氏は、「他者の干渉を受けることなく自己決定する自由」を観念することができるとは疑問であるとした上で、取調べを受けることから生じる精神的動揺や不安、あるいは肉体的疲労について、被疑者の同意がある場合であっても、保護すべき法益がすべて放棄されてしまうわけではないとし、これをもって社会通念上の相当性が必要である理由とする¹⁶⁸⁾。これらの見解の当否については本稿の立ち入るところではない

161) 佐藤英世・前掲注 14)98 頁は、「資金受領者が、任意に同意したからといって、基本権上問題にならないということではできないのではないと思われる」という。そして、その理由として、クリューガーの言う「基本権は売買されない」という文言を想起すべきであるとし、その文言は、「人が自由の行使を任意に放棄するような場合でも、基本権は個人の自由を保護しているということを意味する」とする。

162) 山口厚『刑法総論（第 2 版）』153-154 頁（有斐閣、2007）。

163) 山口厚『刑法各論（補訂版）』12 頁（有斐閣、2005）。

164) 山口・前掲注 163)102 頁、106 頁は、判断能力がないことを前提に、「絶対的な保護」が与えられていることを理由とする。

165) 最判平成元年 7 月 4 日刑集 43 巻 7 号 581 頁。最判昭和 59 年 2 月 29 日刑集 38 巻 3 号 479 頁も同旨。もっとも、どちらも事案の解決としては適法とされた。

166) この点については、佐藤隆之「被疑者の取調べ」法教 263 号 137 頁（有斐閣、2002）を参照されたい。

167) 大澤裕ほか『演習刑事訴訟法』66 頁〔大澤裕〕（有斐閣、2005）。

168) 佐藤隆之・前掲注 166)139-140 頁。

が、いずれにせよ、取調べの限界につき、完全に有効な「同意」があってもなお違法とされる余地があることを強調しておきたい。

このように、完全に有効な「同意」があったとしても、パターンリズムないし「他者の干渉を受けることなく自己決定する自由」や「同意によっても放棄できない法益」の観点から、なお権利侵害を問題とする余地は残されているのではなかろうか。特に、パターンリズムが典型的に要請されるのは、自殺のような回復不能な選択や、麻薬使用のように本人が後悔しても自力更生の困難な選択など、衝動的行動の抑制や更生支援のためであるところ¹⁶⁹⁾、「自由意識の喪失」が問題となるのは、補助金が中毒性を持つという意味において、まさにこうした典型例に属すると思われる。

したがって、「同意あれば被害なし」の定式を「自由意識の喪失」の場面に形式的に当てはめるのは適切ではなく、なお基本権上の問題を論じる意味があるというべきであろう。

e 全体的作用

以上は、「自由意識の喪失」による受領者の不利益自体を問題にした立論であった。すなわち、「自由意識の喪失」の個別的作用に着目するものである。しかし、ハベルカテ論文の指摘するように、「自由意識の喪失」をもたらす「補助金メンタリティ」は広く国家全体に及び得るものであり、この点に基本権上の要回避性の根拠を求めることも考えられてよいのではなかろうか。すなわち、「自由意識の喪失」の全体的作用に着目した議論である。

この点について、表現の自由の保障根拠で見られる議論を参照したい。表現の自由の保障根拠の一つとして、「真理の発見」が挙げられることがある。すなわち、表現の自由が思想の自由な競争を通じて真理の発見をもたらすとする、いわゆる「思想の自由市場」の議論である。これによると、表明される意見

が真理である場合、表現の自由を規制することは真理の発見を妨げるし、また表明される意見が虚偽であっても、真理は虚偽と対決することによってより一層確固たるものになるとされる¹⁷⁰⁾。そして、特定の主題に関する表現活動への制約は、その主題に関して現在広く支持されている通念への批判や挑戦を遮断し、それを維持する働きをすることとなり、「思想の自由市場」の正常な働きを歪める危険が大きい¹⁷¹⁾。そうすると、「真理の発見」を妨げないという公益的配慮からは、「思想の自由市場」の歪みを防止するため、特定の主題に関する表現活動への制約は厳格な審査に服さなければならないことになる。ここでは、「思想の自由市場」の正常性の確保という公益的な利益のために、表現の自由という主観的な権利の要保護性が高められていると言える。

これと類似の議論を、補助金交付行政についてすることはできないであろうか。すなわち、市場経済は、各人が自由に経済活動を行うからこそ活発化する。もっとも、「市場の失敗」も起こり得るところであり、これに対処するために国家の介入はある程度は必要である。しかし、過度の介入は市場原理を歪め、結局経済活動を頹廃化させてしまう（「政府の失敗」）。20世紀が目撃した社会主義経済の崩壊は、このことを最も印象的に示している。そして、「補助金メンタリティ」の蔓延は、市場原理の前提を破壊してしまうという点で、公益的観点から強く忌避されるべきものである。すなわち、私人は、補助金と引き換えに国家の誘導するところに身を委ね、自由に経済活動をする動機を失ってしまうのである。こうした公益的観点からも、主観的なレベルにおいて、やはり「自由意識の喪失」は回避されなければならないと言えるであろう。

「同意あれば被害なし」を形式的に適用し、仮に当該受領者に被害がないと評価したとしても、「自由意識の喪失」の要回避性は、こ

169) 井上達夫『法という企て』276頁（東京大学出版会，2003）。

170) 長谷部恭男ほか『ケースブック憲法（第2版）』89頁（弘文堂，2007）。

171) 長谷部・前掲注89)199頁。

のような全体的作用の危険性からも導かれるように思われる。

(5) 小括

ここで、これまでの議論を確認し、これからの議論の道筋をつけるとしよう。

本稿は、ごく大ざっぱに言えば、ますます拡大する給付行政の適切な規律を構想するに当たり、そのもたらす不利益をより深く把握するため、「自由意識の喪失」という新しい法概念の採用を提唱するものである。

本稿は、給付行政のうち、まず、「一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために、行政主体から行政客体に交付される現金的給付」を問題にし、こうした補助金交付行政のもたらす不利益として、受領者の「自由意識の喪失」という従来あまり議論されてこなかった問題があることを指摘し、その内実の検討を行った。

しかし、「自由意識の喪失」概念の法概念的意味の有無に疑惑が持たれたので、その法概念としての認識可能性について論じることにし、想定される法的効果を「ホイリスティシユな意義」と「ドグマティシユな意義」の二つのレベルに分け、それぞれの効果との関係で、「自由意識の喪失」の法概念への昇華の可能性を検討し、続いて、その基本権上の要回避性について検討した。

それによると、「自由意識の喪失」が、法概念へと昇華し、基本権上の要回避性を有するに至るには、「人格的自律権」論を前提にした上で、以下のようにして概念規定される必要がある。すなわち、補助金交付行政における「自由意識の喪失」とは、定式 i に言う如く、①国家による、②継続的な補助金交付のもつ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家から全てを待ち望むという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受領者を越えて市場全体の活力を奪うものである。

このようにして概念規定された「自由意識の喪失」は、具体的には、次のような法的効果をもたらす。第一に、統一概念として諸事象を分析する法的思考枠組を提供し、第二

に、「自由意識の喪失」をもたらさないという非法的義務を国家に課す。第三に、基本権上の要回避性により、国家賠償請求訴訟・抗告訴訟・住民訴訟において裁判規範性を有する。もっとも、訴訟法上の障害により実際にそうした効果が現実化することは期待し難い。

以上により、補助金交付行政にとって、受領者の「自由意識の喪失」は見逃すことのできない不利益であり、補助金交付行政の規律を論じるに当たっても、これを意識して立論がなされるべきであると言えるであろう。これは、新たな法的統制論の可能性を示唆するものである。

そこで、本稿の次に進むべき道としては、「自由意識の喪失」を踏まえた上での新たな法的統制論を模索するというものが考えられる。特に、裁判規範たり得るにも関わらず、訴訟法上の障害によりそれが実現しないと言う点を重視するならば、事前的な規律を重視するか、事後的規律の実現のために何らかの工夫をすることになるだろう。

しかし、本稿はそちらの道を選ぶものではない。というのも、「自由意識の喪失」概念の有用性について、まだ若干の疑問が持たれているであろうと思われるからである。概念の有用性の一つの基準は、その汎用性の高さにある。そこで、本稿は、「自由意識の喪失」概念が、補助金交付行政以外の領域においても応用可能であることを示す道を選択する。すなわち、Ⅱでは、租税優遇措置、文化助成、情報提供のそれぞれの分野について、当該概念の応用可能性につき、順に検討することにする。

Ⅱ．展開

1 租税優遇措置

(1) 問題構造

a 検討対象の限定

Ⅰでは、補助金交付行政について、「自由意識の喪失」という問題があることを確認した。ここでは、租税優遇措置について、同様の問題が妥当しないかを検討する。というの

も、補助金交付行政と租税優遇措置とでは、多くの面で共通するところがあり、したがって、「自由意識の喪失」問題の応用可能性もそれだけ高いであろうと思われるからである。

Iで検討した補助金交付行政は、公法上望ましい行為に対して補助金を交付することによって、当該行為を促進するためのものであった。これに対し、国家による租税の賦課は、本来的には国家の収入の確保自体を目的としてなされるものであるが、補助金と同様、誘導手法として用いられることもある。すなわち、租税特別措置である。

租税特別措置というのは、租税類別措置とは異なり、担税力その他の点で同様の状況であるにもかかわらず、なんらかの政策目的の実現のために、特定の要件に該当する場合に、税負担を軽減しあるいは加重することを内容とする措置のことである。そのうち、税負担の軽減を内容とするものを租税優遇措置といい、税負担の加重を内容とするものを租税重課措置という¹⁷²⁾。

租税重課措置は、公益の観点から望ましくない行為を抑止・制御するために行政手法として用いられる。たとえば、環境に負荷を与える行為など、公益上望ましくない行為に対して租税を賦課することにより、名宛人が当該行為を選択しないように誘導する場合である¹⁷³⁾。補助金が金銭を与えることで私人を誘導するのにに対し、租税賦課による誘導は私人から金銭を追加的に徴収することにより私人を誘導しようとするものであり、両者は、その意味で対極にある。

租税優遇措置は、これらの不利益による誘導と利益による誘導の中間的手法として位置づけられるものである¹⁷⁴⁾。すなわち、租税を課すという点では不利益による誘導に近く、租税を軽減するという点では利益による

誘導に近い¹⁷⁵⁾。このうちの後者に着目すると、租税優遇措置は、補助金や無利子ないし低利での融資などの財政の直接支出と代替しうる機能を有していると言える¹⁷⁶⁾。

1は、この「租税優遇措置」について検討を加えるものであるが、検討に先立ち、本稿において「租税優遇措置」という言葉が意味するところを確定しておく。すなわち、特段のことわりがない限り、「租税優遇措置」という言葉で、「一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために、行政主体から行政客体に（税収確保目的で）一般的に課されている租税を、当該行為について軽減する手法」を指し示すことにする。

たとえば、個人の長期保有土地の譲渡による所得について税負担を軽減する制度（租税特別措置法31条）がこれに含まれる。これは、宅地の供給の促進を目的としている。あるいは、所得税法・法人税法などの一般法で定められている措置の中にも、租税優遇措置の性質を持つものが少なくない。たとえば、所得税法9条1項13号の一定の年金または金品の非課税、10条の障害者等の少額預金の利子等である。

b 従来の議論

(a) 利点

本稿の問題関心に入る前に、租税優遇措置について従来典型的になされてきた議論をまとめておこう。

第一に、租税優遇措置は、前述したように、補助金や無利子ないし低利での融資などの財政の直接支出と機能的代替性を有する。そうであるのに、租税優遇措置がとりわけ用いられてきたのは、行政当局ないしそれを利用する企業等にメリットがあるからであると言われる。すなわち、行政当局にとっては、財政の膨張等を現実化することなく、また、一々の議会のコントロールを受けることなく政策が

172) 金子宏『租税法（第15版）』81頁（弘文堂、2010）。

173) 中原・前掲注20)203頁。

174) 中原・前掲注20)202頁。

175) その意味では、租税優遇措置は、「給付行政」ではない。したがって、「給付行政と『自由意識の喪失』」と題する本稿がこれを取り扱うのは、厳密に言えば筋が悪い。しかし、補助金交付行政と租税優遇措置の類似性に着目し、「自由意識の喪失」概念の汎用性を示す第一歩として、租税優遇措置を取り扱うことにした。

176) 佐藤英明「租税優遇措置」『岩波講座 現代の法8 政府と企業』155頁、157頁（岩波書店、1997）。

実行できるというメリットがあり、それを利用する企業等にとっては、受益者たることや受益の程度が不明確であり、受益の事実が一般に公表されないというメリットがある¹⁷⁷⁾。

第二に、租税優遇措置は、フィスカル・ポリシーの一環としての効用を有するとされる。租税制度は、フィスカル・ポリシーの一環として、景気の調整、物価の安定、国際収支の均衡等、国民経済の動向に対して好ましい影響を与えるために利用されることがある¹⁷⁸⁾。たとえば、景気の変動を税制面から防止しあるいは緩和するためには、景気の後退期に減税を行い、景気の過熱期に増税を行えばよい。その方法としては、一般的減税ないし一般的増税を行うことが考えられるが、そのほかに、投資ないし消費を刺激しあるいは抑制するために、特別の制度を採用する方法も考えられる¹⁷⁹⁾。その特別の制度の一つとして、租税優遇措置は位置づけられ得る。

(b) 不利益

しかし、租税優遇措置には次のような問題点も伴う。

まず、行政規律の第一次元として、租税優遇措置には以下のような不利益が伴う。

第一に、何よりも指摘されなければならないのは、租税公平主義との関係である。租税法の基本原則として、租税公平主義が挙げられるが、租税優遇措置は、これに反するという批判である。すなわち、税負担は国民の間に担税力に即して公平に配分されなければならない、各種の租税法律関係において国民は平等に取り扱われなければならないという原則を、租税公平主義という¹⁸⁰⁾。これは、憲法14条の課税の分野における現れであると言われる。そして、憲法14条1項は、特定の者を不利益に取り扱うことを禁止するのみで

なく、特定の者に合理的な理由なしに特別の利益を与えることをも禁止する趣旨であると解される。そこで、租税優遇措置が不合理な優遇であるかどうかの問題となるのである。

税負担が担税力に即して配分されなければならないことは、今日の租税理論がほぼ一致して認めるところである¹⁸¹⁾。しかし、租税優遇措置は、担税力の観点からは同様の状況にあるにもかかわらず、税負担のうえで特別の利益を与えるものであるから、公平の要請に正面から抵触することは明らかである¹⁸²⁾。こうした租税優遇措置が不合理と言えるかどうかの判断について、通説的見解は、①その措置の政策目的が合理的であるかどうか、②その目的を達成するのにその措置が有効であるかどうか、③それによって公平負担がどの程度に害されるか、等の諸点を考慮の上、個別の租税優遇措置ごとにすべきであるとする¹⁸³⁾。

第二に、租税優遇措置を含む租税特別措置は、原則として私的イニシアチブに委ねられるべき経済秩序の変えないし否定を伴いうる。すなわち、日本国憲法が予定している経済秩序は、憲法13条、22条、29条等の趣旨からすると、私的企業体制すなわち財貨の生産と交換が、原則として私的部門において、私的イニシアチブの下に行われる経済体制であると考えられる。国家の経済政策は、この体制を補完ないし補充するものに留まるべきであって、これを越えてはならない¹⁸⁴⁾。租税特別措置を行うにしても、この限界を強く意識しなければならない。

第三に、前記のフィスカル・ポリシーとして租税優遇措置を含めた租税特別措置が用いられる場合、より効果的にそれを行うには、経済の変化に迅速に対応する必要がある。そ

177) 佐藤英明・前掲注176)161頁。

178) 金子宏「経済政策手段としての租税法——景気調整税制とその憲法上の限界」法時46巻7号39頁、39頁(1974)。

179) 金子・前掲注178)40頁。

180) 金子・前掲注172)77頁。

181) 金子・前掲注172)77頁。

182) 金子・前掲注172)82頁。

183) 金子・前掲注172)82頁。

184) 金子・前掲注178)45頁。

こで、タイム・ラグを出来るだけ少なくするために租税特別措置の実施を政府に委任したり、遡及立法を行ったりすることが考えられる。このことが、租税法律主義に反しないかも問題になる¹⁸⁵⁾。場合によっては、租税法律主義の実現しようとしている、私人の平等・公平・予測可能性等を害する虞があるう。

(c) 統制方法

次に、上記のような不利益にもかかわらず、行政規律の第二次元として、租税優遇措置は、その統制が困難である。

第一に、租税優遇措置はいったん採用するとそれを廃止することは極めて困難であること、次々と連鎖反応を引き起こす傾向があることがよく指摘される¹⁸⁶⁾。したがって、導入にはきわめて慎重にならなければならない。

第二に、租税優遇措置には、民主的統制が及びにくい。すなわち、上記の行政当局にとってのメリットの裏返しでもあるが、租税優遇措置は、財政の民主的統制を潜脱した「隠れた補助金」であるとして批判されている¹⁸⁷⁾。補助金などの直接支出の場合には、その補助金額等を毎年度の予算に計上して議会の承認をその都度得る必要があるのに対して、租税優遇措置では、立法さえクリアすれ

ばそれ以降の年度の個別承認は不要である。補助金について、予算に計上して議会の承認されるだけで十分であるかどうかは疑わしいが、租税優遇措置の場合、より一層民主的統制が及びにくい。

第三に、租税特別措置は、先に見た補助金交付行政と同じく、その合憲性を訴訟で争うのが困難であると言われる。まず、現在の行政訴訟の基本的な考え方の下では、ある租税優遇措置を不合理なものと考えた納税者がその措置を利用し得る者である場合、優遇措置の適用を受けて減少した納税額が違法であるという訴訟を提起しても、訴えの利益がないとして却下されるであろう。次に、自分に適用され得ない優遇措置が他人に適用されていることを不服とする場合に、それを理由として自分の納税額が多額であると主張することは困難であり¹⁸⁸⁾、また、通常の場合は裁判の争点と無関係な議論だと判断されるであろう。さらに、この場合、直接に他人の納税額が過少であるという裁判を提起しても、原告適格がないとして訴えは却下されることになるであろう¹⁸⁹⁾。

(d) 評価

こうした租税優遇措置に対する評価には様々なものがありうる¹⁹⁰⁾。否定派と肯定派に大きく分けて見てみよう。

185) 金子・前掲注 178)45-46 頁。

186) 金子宏「市民と租税」加藤一郎編『岩波講座現代法 8 現代法と市民』303 頁、336 頁（岩波書店、1966）。

187) 佐藤英明・前掲注 176)160 頁。

188) 最大判昭和 60 年 3 月 27 日民集 39 巻 2 号 247 頁（いわゆる大嶋訴訟）は、租税法の定立について国会の裁量を広く認めている。すなわち、「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ものというべきである。そうであるとすれば、租税法の分野における所得の性質の違い等を理由とする取扱いの区別は、その立法目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り」、これを「憲法 14 条 1 項の規定に違反するものということとはできない」。

189) 佐藤英明・前掲注 176)161 頁。

190) 畠山武道「租税特別措置とその統制——日米比較——」租税法学会編『租税特別措置と土地税制』1 頁、2 頁（有斐閣、1990）は、従来指摘されてきた租税特別措置の弊害を次のようにまとめる。①課税の公平に反する、②高所得者ほど有利である、③非課税所得者には恩恵が及ばない、④恩恵の効果が、適用税率に依存する、⑤金額が不透明で、明示されない、⑥税法を複雑にし、税務行政の負担を増大させる、⑦産業政策に大蔵省が介入することになり、行政責任を混乱させる、⑧経済活動への政府介入の強化に連なる、⑨支出項目と異なり、毎年の議会の審議をうけない、⑩個々の納税者の個別的事情を考慮できず、利用が画一的に強制される、⑪一度、導入されると既得権化し、廃止が困難である、⑫ひとつの特別措置は連鎖反応をおこし、他の特別措置の導入の口実になる、⑬企業会計を混乱させ、その健全な展開を妨げる、⑭特別措置は、結局、一般納税者の増税をもたらす。

まず、否定派について、たとえば、大嶋訴訟第一審判決は、以下のように言う¹⁹¹⁾。すなわち、まず、「思うに、租税特別措置は、一般に、特定の経済政策的目的を、特定の経済部門ないし国民層に対する租税の軽減免除という誘引手段でもつて達成しようとするものであり、国の経済政策の一環として重要な意義を有すると同時に、その反面、同じ経済的地位にある者に対しては同じ負担をという負担公平の原則を多少なりとも犠牲にし、また、所得税の総合累進課税構造を弱めたり、納税者の納税道義に悪影響を及ぼしたりする虞れのある性格を帯有しているものと認められる」とする。

判旨は、こうした悪影響の故に、その利用には慎重を要する旨を説く。すなわち、「しかして、特定の経済部門ないし国民層に対し財政上の優遇措置を講じる必要のある場合でも、税制以外の措置で有効な手段がないか否かを予め検討し、例えば補助金や財政投融资の交付等（これらの場合には、助成度および助成効果の関連が比較的具体的に示され、政策目的と助成の対象との結びつきが直接的であり、毎年の予算においてその効果等を改めて判定できる等の利点がある。）によつて目的を達成しうる場合にはこれらの手段によるべきであり、また、個々の租税特別措置の合理性の有無を判断するに当たっては、当該租税特別〔措置〕の直接的政策目的が総合的な経済政策の観点から考え合理的意義を有しているか否か（政策目的の合理性、斉合性）、その政策目的に対して当該租税特別措置が政策手段として有効であるか否か（政策手段としての有効性）、当該租税特別措置から付随的に生ずる弊害をカバーしてなおあり余程の政策的効果が期待されるか否か（附随して生ずる弊害と特別措置の効果との比較衡量）等の諸点について慎重な検討をなすことを要すると解すべきである」（〔 〕内は本稿筆

者）。

あるいは、村井正氏も、租税特別措置（氏は、「租税誘因措置」と呼称する。）に批判的である。氏は、環境政策としての租税特別措置を一瞥した上で、それが「企業に与えるメリットは、はかりしれない位に大きい」とし、以下のような問題点を指摘する。すなわち、「環境保全は、今や至上命令であり、すべての行政目標のうちで最優先の価値順位を与えられるべきものであるとしても、これほどのメリットを租税誘因措置を介して与えられるべきであろうか。こうしたメリットを不必要に認めると、企業自身の自主的な公害防止への努力（これには、もちろん公害防止費用の負担が中核となっている。）を、かえって妨げることになりはしないか」¹⁹²⁾。そして、そのことが、「租税法本来の原則ないし私法秩序（ここでは、主に商法上の計算原理）を破壊する」ことになるとする¹⁹³⁾。

さらに、村井正氏は、「租税法という着衣をよそおうことによって、実質的には直接規制法の内容をかえてしまうことは、しばしばみられるが、租税法による間接的侵害が、その問題の所在をそらすものとすれば、大きな問題であろう」とし、それゆえ、「租税法政策が特定の納税者に利益をもたらすものか、不利益をもたらすものかを問わず、これを能う限り制限し、租税法の本来的目的に立ちかえることが、今後の課題である」とする¹⁹⁴⁾。

次に、肯定派について、たとえば、中里実氏は、「公共経済学的に考えて、様々な政策目的実現のための手法を用意し、目的等に応じてそれらを使い分けることが重要である」として、租税特別措置について好意的な態度をとる¹⁹⁵⁾。そして、上記のような反対説については、「租税以外の（政策目的実現の）手法の優位性を暗黙の前提とした議論にすぎない」として、「必ずしも全面的に賛成することはできない」とする¹⁹⁶⁾。

191) 京都地判昭和49年5月30日行集25巻5号548頁。

192) 村井正『公害課税論』8-9頁（関西大学経済・政治研究所、1975）。

193) 村井・前掲注192)9頁。

194) 村井・前掲注192)24-25頁。

195) 中里実「経済的手法の法的統制に関するメモ（上）」ジュリ1042号121頁、125頁（1994）。

196) 中里・前掲注195)124頁。

あるいは、佐藤英明氏は、「実現されるべき政策目的を所与のものとして、その政策実現の手段として補助金を選択するか租税優遇措置を選ぶかと言う議論を行なう場面に限定すれば」、租税優遇措置に対する従来の批判論は、「租税優遇措置がおよそ選ばれるべきではない、ということまでをも論証しているものとはいえない」とし¹⁹⁷⁾、租税優遇措置は、「様々な望ましくない性格を持っているが、反面で、それは、限定的な合理性を有する制度である」とする¹⁹⁸⁾。そして、「租税優遇措置の採用が政策実現手段として合理的であると考えられるのは、垂直的公平の要請があまり強くない、たとえば産業助成のような分野であり、そこで認められる租税優遇措置の合理性とは、補助金よりも低い手続的なコストで、同様の政策目的実現の手段たりうることである」とする¹⁹⁹⁾。

(2) 「自由意識の喪失」

a 効果

では、仮に租税優遇措置において「自由意識の喪失」が認められたとして、どのような効果が期待できるか。

第一に、上記否定派に新たな論拠の一つ追加することができる。すなわち、被軽減者の被る不利益について、その行為の事実上の拘束に加え、「自由意識の喪失」という新たな観点を付け加えることができる。

第二に、上記否定派の論拠のうち、「原則として私的イニシアチブに委ねられるべき経済秩序の変更改いし否定を伴いうる」というものについて、その不利益の度合いを強める。すなわち、単に租税優遇措置によって市場が歪められるだけでなく、市場参加者たる被軽減者たちが「自由意識の喪失」を被ること、市場は活力を失うことになる。

第三に、仮に租税優遇措置を許容するとしても、以上の二点から、租税優遇措置の統制の必要性を強めることになる。これにより、政府に対する委任や、遡及立法は認められ難くなるであろう。優遇するだけでなく、「自

由意識の喪失」という不利益をもたらし得るものであるなら、政府の裁量に大きく委ねられてよいものではない。

第四に、訴訟でその違法性・違憲性を争う際に、その違法性・違憲性を基礎づける主観的利益の一つ追加することができる。しかし、補助金交付行政に見たように、実体的にはそう言えても、訴訟の場において「自由意識の喪失」を立証することは困難であろう。もっとも、だからこそ、事前的統制の必要性がより強められるであろう。

b 有無

それでは、「自由意識の喪失」はあるであろうか。既に見たように、補助金交付行政における「自由意識の喪失」とは、定式 i に言う如く、①国家による、②継続的な補助金交付のもつ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家から全てを待ち望むという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受領者を越えて市場全体の活力を奪うものであった。これと同様の問題が、租税優遇措置についても見られないか。

①について、租税優遇措置は、国家によるものであるから、この点については、補助金交付行政と状況を同じくする。

②について、まず、当然のことながら、租税優遇措置は、補助金交付ではない。すなわち、ある行為をすれば補助金を受けられるというのと、ある行為をすれば租税が軽減されるというのでは、確かに、現象面では異なる。しかし、租税が軽減されるというのは、いったん徴税されたものを補助金として受けるのと実質的には異ならない。だからこそ、租税優遇措置は、「隠れた補助金」として批判されてきたのである。すなわち、国家の誘導に乗れば相対的に得をするという点で、補助金交付行政と租税優遇措置は異ならない。

それでは、継続的な租税優遇措置は、中毒性を持つか。租税優遇措置をいったん受け始

197) 佐藤英明・前掲注 176)167 頁。

198) 佐藤英明・前掲注 176)177 頁。

199) 佐藤英明・前掲注 176)178 頁。

めた企業が、どれくらいそこから離れ難く
なってしまうのかは、実証的な研究を俟たね
ばならない。しかし、従来指摘されてきた既
得権化や廃止の困難性は、これを間接的に示
しているように思われる。したがって、租税
優遇措置による資金的な利益的作用は、継続
すればやはり中毒性を帯び得るであろう。

③について、従来租税優遇措置として語ら
れてきたものは、経済政策の一環としての措
置が主に念頭に置かれてきた。したがって、
ここでも経済的自由なかんずく職業選択の自
由を念頭に置く。そうすると、ここでも、補
助金交付行政と状況を同じくする。

④についてはどうか。国家がある政策目的
を持ったとして、それに沿う行動に対して租
税優遇措置を用意したとする。私人は、当該
行為をして優遇されるか、当該行為をせずに
優遇されないかを選択することになる。一般
的に、競争状況の関係上、その程度はさてお
き、優遇を選ばないと競争上不利になりう
る。その不利の度合いが大きければ、当該行
為を選択しなければ営業活動を続行できない
場面も考えられる。このとき、私人にとって
は、自由な経済活動を放棄するか、経済活動
それ自体を放棄するかしか、道が残されてな
い。租税「優遇」措置という甘い着衣によっ
て、実は当該行為の「強制」という不利益が
課せられていることになる。これを伝統的な
意味での「侵害」と同視できるかどうかはさ
て置き、同種の問題がここにあるのは明らか
であろう。

しかし、このような「侵害」類似の問題は、
「自由意識の喪失」とは直接には関わらない。
自由な経済活動を放棄するにせよ、経済活動
それ自体を放棄するにせよ、私人は、追い込
まれた状況ではあるが、自らの意思で自らの
行動を選択し決定しようとしているからであ
る。ただ、その選択肢が理不尽であるにすぎ
ない。問題は、そうではなく、そうして当該
行為を開始して租税優遇措置を受け始めた私
人が、その居心地の良さに、当該行為をせず
、租税優遇措置を受けないという選択肢それ
自体を失ってしまうかどうかにある。

②について見た通り、租税優遇措置は、中
毒性を持つ。そうすると、継続的に租税優遇

措置の恩恵を被ってきた私人にとって、国家
による誘導に乗らず、租税優遇措置を受けな
いという選択肢を選択することは困難になる
であろう。その程度が強くなれば、自ら主体
的・積極的に租税優遇措置を受けるか否かに
ついて選択し決定しようという意識それ自体
を失ってしまうことは想定され得る。

⑤についてはどうか。補助金交付行政は、
何らかの行為を間接的に強制ないし期待する
代わりに補助金を与えるというものであつ
た。ここで、国家によりなされているのは、
形式的には明らかに「援助」である。国家が
なければそもそも期待し得ないものを、国家
により与えられているのである。そうである
からこそ、「国家から全てを待ち望むという
受動的な精神状態に陥る」のであろう。

それに対し、租税優遇措置は、本来ならば
徴収すべき租税を、当該行為を行った者から
は徴収しないというものである。ここでは、
国家は「援助」しているわけではない。国家
がなければそもそも徴収されないはずのもの
を、国家があるからこそ仕方なく徴収されて
いたところ、そのうちの一定量について前国
家的状態通り徴収されなくなったに過ぎない。
そうであれば、「国家から全てを待ち望む
という受動的な精神状態に陥る」ことには
ならないのではないかと。

しかし、仮にそうであるとしても、「国家
の言う通りにしておけばよいという受動的な
精神状態」には陥るであろう。すなわち、こ
こで、被軽減者は、国家から何かを待ち望ん
でいるわけではない。したがって、「国家から
全てを待ち望む」状態にはならない。しか
し、国家の言う通りにしておけば、相対的に
は利益を得ることができる。これに、②で
見た中毒性と、④で見た自律性・主体性の喪
失が前提することにより、「国家の言う通り
にしておけばよいという受動的な精神状態」
には陥るように思われる。

そして、「国家から全てを待ち望むという
受動的な精神状態に陥る」ことの意味は、自
律性・主体性を失ったに過ぎず自己の代わり
に選択・決定を委ねる相手方が未定である中
立的な状況を一步進め、自己の代わりに選
択・決定を委ねるべき対象として「国家」を

設定するということにあった。そうであれば、「国家から全てを待ち望む」とは言えなくても、「国家の言う通りにしておけばよい」と言えるのであれば、同様の状況にあるとしてよい。

⑥について、こうした「優遇措置メンタリティ」が国家全体に蔓延すれば、市場はその活力を失うであろう。すなわち、私人は、優遇措置と引き換えに国家の誘導するところに身を委ね、自由に経済活動する動機を失ってしまうのである。したがって、補助金交付行政と同じく、個別的作用のみならず、全体的作用もまた問題となる。

したがって、租税優遇措置においても、「自由意識の喪失」はやはり問題になり得るというべきであろう。そうであれば、それを踏まえた上で、租税優遇措置の新たな法的統制論が模索されなければなるまい。そのための素描は、aで描いた通りである。

c 再定式化

さて、以上を受けて、補助金交付行政を念頭に置いて定式化された「自由意識の喪失」概念は、再定式化を迫られよう。すなわち、「自由意識の喪失」の汎用性を志向する本稿の姿勢からは、補助金交付行政のみならず、租税優遇措置もその射程に入れることが望ましいからである。

上記に明らかな如く、修正を要するのは、②および⑤である。②については、「継続的な補助金交付の持つ中毒性により」ではなく、「継続的な利益的作用の持つ中毒性により」と書き換えられるべきである（また、それに連動して、⑥の「当該受領者」も、「当該受益者」と書き換えられることになる）。⑤については、「国家から全てを待ち望むという受動的な精神状態に陥る」ではなく、「国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥る」と書き換えられるべきである。

こうして、「自由意識の喪失」は、再定式化される（以下では、「定式ii」と呼ぶ）。すなわち、「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて市場全体の活力を奪うものである。

2 文化助成

(1) 問題構造

a 検討対象の限定

2と3とで、いわゆる「政府言論（government speech）」について、「自由意識の喪失」が問題とならないかを検討する。補助金交付行政にせよ租税優遇措置にせよ、そこで問題になっているのは経済的自由であった。それに対し、ここでは、精神的自由、なかんずく表現の自由が問題になる。

「政府言論」問題については、補助金交付行政や租税優遇措置に比し、「自由意識の喪失」がより一層深刻な問題となり得る。実際に、「自由意識の喪失」そのものとまでは言えないものの、それに近い議論が従来なされてきているところである。

「政府言論」に関する議論は、主に1990年代以降のアメリカ憲法学において重要性を獲得してきたものであり²⁰⁰⁾、我が国においてはまだそれほど成熟した論点ではなく、その外延はなお不明確である。2では、そのうちの文化助成について²⁰¹⁾、3では、情報提供について論じる。

まず、ここで「文化助成」という題目の下に扱おうとする対象を明らかにする。そのためには、政府言論問題の全体像を示す必要が

200) 阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法時74巻1号30頁、31頁（2002）。

201) 文化助成についての先行研究は少なく、その本格的な始まりも遅いように思われる。本稿筆者が触れた中では、奥平康弘「福祉国家における表現の自由——富山県立近代美術館のばあい」法時60巻2号75頁（1988）が最古株に位置する。なお、他に奥平康弘氏によるものとして、同「“自由”と不連続関係の文化と“自由”と折合いをつけることが求められる文化——最近の美術館運営問題を素材にして（上）（中）（下）」法セミ547号80頁、548号82頁、549号77頁（2000）がある。

あろう。そこで、この点について、蟻川恒正氏の立論に拠りたい²⁰²⁾。氏は、政府言論問題の全体像を示すに当たり、二つの政府理解を座標軸として採用する。すなわち、「言論者としての政府 (government as speaker)」と「検閲者としての政府 (government as censor)」である²⁰³⁾。

蟻川恒正氏によれば、典型的な「検閲者としての政府」の場面は、政府が、私人の表現活動に対して、給付作用ではなく規制作用を及ぼす権力的統制主体として立ち現れる場面を指す。これに対して、典型的な「言論者としての政府」の場面とは、政府が私人と並んで自らも言論市場において表現活動を行う場面を指す。そして、氏は、政府と言論市場との関係は、これらを両極として、「この二極の間に幾つかの中間的規律範疇をかたちづくりながら構成されている」とする²⁰⁴⁾。

蟻川恒正氏は、これら二つの座標軸について、それぞれ典型的な場面に加えて、非典型的な場面も中間的規律範疇として類型論に組み込む²⁰⁵⁾。すなわち、非典型的な「言論者としての政府」とは、専門職を「道具」として言論する場合である。ここで、専門職とは、「特殊な紀律・訓練 (discipline) を受けて修得した高度な専門知識・経験 (expertise) に基づき意見を基礎にして任務を遂行する職業のなかでも、特に、《語る》ことをその職責の重要な構成要素とする職業共同体に属する者」を指す。そして、政府は、その表現活動の「道具」として専門職を雇用する場合には、その判断を尊重しなければならない、とされる。

これに対し、非典型的な「検閲者としての国家」とは、私人の表現活動に対する政府の給付作用に定位した上で、給付の対象を画定するために私人に課される条件が、彼の表現活動に対して一定の統制的作用を及ぼす場合である。そして、この場面は、さらに、政府

による私人の表現活動への給付が、専門職の判断を媒介して行われる場合と、そうでない場合とに大別される。

蟻川恒正氏は、こうして、政府言論として扱われるべき場面を五つの場面に類型化するのである。すなわち、①「言論者としての政府」のうち、自ら言論し、または私人を「道具」として言論する場合、②「言論者としての政府」のうち、専門職を「道具」として言論する場合、③「検閲者としての政府」のうち、私人の表現活動に給付する場合で、専門職を介する場合、④「検閲者としての政府」のうち、私人の表現活動に給付する場合で、専門職を介さない場合、⑤「検閲者としての政府」のうち、私人の表現活動を規制する場合である²⁰⁶⁾。

政府「言論」という以上、その題目の下に取り扱うべきなのは、「言論者としての政府」のみであるようにも思われよう。しかし、事態はそう単純ではない。すなわち、国家は、「言論者としての国家」のフリをしながら、その実「検閲者としての国家」であることもある。そして、国家は、その場合に一番タチが悪い。特に、国家が表現活動に対する援助者として立ち現れる場面、なかんずく専門職の判断を介さない場合に注意を要する。すなわち、『話し手』としての政府の地位が最も見えにくいのは、「政府が私人の活動に対する財政援助者として立ち現れる場合」であって、「この場合には、政府は一見すると気前のいい足長おじさんに見えがちである」が、「しばしば政府は援助する対象を選別し、自らの思想的立場に適合的な活動にのみ援助することで、巧妙に自己の『話し手』としての地位を隠しながらも、確実に『話し手』として言論市場に登場する」のである²⁰⁷⁾。したがって、「検閲者としての国家」も、政府言論問題に含めて考察するのが便宜である。

我が国の公法学は、伝統的には、このうち

202) 蟻川恒正「政府と言論」ジュリ 1244 号 91 頁 (2003)。

203) 蟻川・前掲注 202)91 頁。

204) 蟻川・前掲注 202)92-93 頁。

205) 蟻川・前掲注 202)95 頁。

206) 蟻川・前掲注 202)93 頁の図を参照。

207) 阪口・前掲注 200)31 頁。

の⑤を問題にしてきた²⁰⁸⁾。2では、これに對して、「文化助成」という題目の下に、③④を扱う。残る①②は、「情報提供」という題目の下に、3にて扱うことにする。

b 従来の議論

(a) 必要性

政府言論は、危険であると同時に、必要でもありかつ望ましくもあると言われる。この点を捉えて、「政府言論のジレンマ」とか、「政府言論のパラドクス」とかと言われることがある²⁰⁹⁾。では、政府言論のうち、特に文化助成の必要性とは何か、危険性とは何か。ここでは、まず、文化助成の必要性について従来言われてきたところをまとめよう。

それは、端的に言って、「資本主義のもとで言論市場が一定の私的権力によって独占される危険性がある場合に、国家は、そうした環境にあつては容易に市場に登場しそうにはない私人の表現行為に財政援助をなすことで、言論市場をより実り豊かにすることによって、民主主義や個人の自律といった価値に貢献することができる」という点である²¹⁰⁾。

すなわち、芸術や文化は、個人的にも社会的にも重要な意義を持つ。しかし、芸術や文化は、庇護を必要とするある意味では脆弱な営みなのである²¹¹⁾。そこで、芸術や文化を広く享受できる社会基盤を整えることには公的な意義がある。しかし、それは「放任」によっては実現されない。特に芸術・文化を資本の論理が支配しやすい成熟社会では、创作者の活動の場は限定され、市民が作品にアクセスできる場所は一極集中化される傾向にあり、また、メディアを通じて比較的容易にアクセスできるものは、市場の論理に乗った特定の芸術に限られてしまう²¹²⁾。そうすると、補助金や機会や場所を欠く文化的諸活動

は、現実にはその対象にアクセスすることができず、文化活動としての意義を失い、また社会は文化的に歪んでしまう²¹³⁾。

ここに、政府による文化助成の必要性を見て取ることができるであろう。

(b) 危険性

こうした必要性和同時に、文化助成には、次のような危険性も伴う。すなわち、駒村圭吾氏は、文化助成の危険性を三点にまとめている²¹⁴⁾。そして、従来の学説は、概ねこの駒村圭吾氏の整理に収まるように思われる。そこで、ここでは、駒村圭吾氏の整理を大枠として、文化助成の危険性として従来言われてきたところをまとめることにする。

第一に、「国家による干渉の拡大」である。すなわち、本来自由であるはずの表現活動が国家による支援で支えられることになると、被助成者は、パトロンたる国家に気を遣い、あるいは紐付きになってしまう虞がある。こうした弱みは、国家が表現活動に対して直接・間接の干渉をしていく土壌を作ることにもなる。すなわち、「国家による表現活動の支援は、表現活動の主体の自立性を補うことを通じて、かかる主体の自律性を奪い、不当な干渉に転化する可能性がある」のである²¹⁵⁾。

国家が文化助成を行うとき、それは、規制ではなく給付であるから、規制に比して規律を緩やかにしてよいようにも考えられる。いわゆる、規制と給付の二分論である。しかし、事態はそう単純ではない。すなわち、ある者を援助することは、それを支持することであり、援助の否定は、支持の否定である。他の芸術に援助しつつ、ある芸術に対して国家が援助を禁ずることは、その芸術に対する国家の不支持の表明に他ならない。これで

208) 蟻川・前掲注202)91頁参照。

209) 阪口・前掲注200)33頁。

210) 阪口・前掲注200)33頁。

211) 駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』168頁、168頁（弘文堂、2005）。

212) 駒村・前掲注211)169頁。

213) 杉原泰雄『「文化国家」の理念と現実——日本国憲法下における『文化と国家』』法時71巻6号42頁、45頁（1999）。

214) 駒村・前掲注211)169-171頁。

215) 駒村・前掲注211)170頁。

は、芸術を処罰する手を縛られた国家に、助成を拒否することによって同じ実を上げることがを許すことになってしまいかねない²¹⁶⁾。ここで、給付作用は、ある側面において、規制作用とその機能を近似させることになる。

第二に、「国家による『お墨付き』の問題」である。すなわち、「それは、特定の表現活動に公的支援が与えられることによって、特定の表現類型のみに『お墨付き (endorsement)』を付与し、他の表現活動に従事する者たちに疎外感を与えてしまう危険である。国家に文化助成のための資金が無限にあれば、あるいはこうした問題は起こらないかもしれない。しかし、財政上の限界や助成の必要度から、一律に助成することは不可能である²¹⁷⁾。そうすると、特定の表現類型を選択的に助成せざるを得ない。そして、特定の表現類型ばかりが助成を受け続けると、事実上当該表現類型が特権的地位を獲得する虞がある。

このことは、国家による国民の「洗脳」を可能にする。「芸術なるものは、しばしば既存の価値観に挑戦するもの」であり、「よかれあしかれ物議をかもしることが多い」²¹⁸⁾。こうした芸術の批判的機能に鑑みるに、「政府にとって都合の悪い表現とそうでないものを選別し、前者を下等芸術に追い込む」ことも考えられる²¹⁹⁾。国家は、そうであるがゆえに、伝統的に芸術を規制してきたし、あるいは同時に、場合によっては政治目的で芸術を積極的に利用してきた。「国家権力を掌握したものが自己に好都合なかたちで国民を統合するために芸術を利用してきた例は少なくない」のである²²⁰⁾。

では、なぜ、国家は言論市場において私人と異なった競争力を有するのか。この点について、阪口正二郎氏は、次の三点にまとめる²²¹⁾。すなわち、第一に、自己の立場を表明するために動員できる経済的資源の違いである。第二に、情報の保有において国家がやはり私人に比べて圧倒的優位に立っているということである。第三に、国家のみが固有に有している正統性、すなわち、「裏書き (endorsement)」するだけで、一定の議論を正統化する能力である。これは、本稿でいう「お墨付き」に当たる。確かに、国家には、そののみが固有に有しているある種神秘的な正統性がある。

第三に、「文化の自律性の破壊」である。芸術は、その創造性を本質とする。そして、創造性は、創造主体の自律を前提とする。そうであるなら、第一、第二の危険性により、もし、創造主体の自律性を破壊するようなことがあるとすれば、それは、文化を助成するという名の下に、文化を破壊していることに他ならない。それは、背理である。すなわち、「活動の自律性に配慮した助成でなければ、文化が『やらせ』に墮することになる」のである²²²⁾。

蟻川恒正氏も、この点に関して、「一体、文化の領域は、国民生活の政治的・経済的繁栄を主たる目標として活動することが期待されている国家の、必ずしも能く統禦しうる領域ではない。文化振興目的に立った国家の助成事業は、目的による取舍の必要性という点からいっても、資金の限界の点からいっても、高度に価値選択的な——いいかえれば、viewpoint-based な——事業とならざるを得

216) 蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 1 現代国家と法』191頁, 217頁 (岩波書店, 1997)。

217) もっとも、いわゆるパブリック・フォーラムの法理をここにも応用し、財政上の限界 (資源の有限性) それ自体では、国家による内容選別を正当化する事由にならないとする見解も有力である。たとえば、阪口・前掲注 200)33 頁は、国家による内容選別を正当化するのは、資源の有限性ではなく、資源配分の有効性であるとする。なお、パブリック・フォーラムの法理の非物理的空間への拡張については、駒村・前掲注 211)175, 177-179 頁も参照。

218) 阪口・前掲注 200)30 頁。

219) 駒村・前掲注 211)171 頁。

220) 阪口・前掲注 200)31 頁。

221) 阪口・前掲注 200)32 頁。

222) 駒村・前掲注 211)171 頁。

ず、これを国家に任せ切りにすることは、文化の破壊を招く惧れがつよい」とする²²³⁾。

(c) 対応

では、こうした危険性に対して、学説はどのように対応してきたか。

文化助成は、その危険性の故に、それに対して何らかの憲法上の規制が必要であるという点では学説は一致している。問題は、どのように規制するか、である。

この点について、着目すべきは、蟻川恒正氏の次のような提案であろう。蟻川恒正氏は、国家による文化助成プログラムを、二つの段階に分ける。すなわち、第一段階として、国家における「基本方針」の策定であり、第二段階として、審査機関における「基本方針」の「解釈」である。蟻川恒正氏は、この両者の「切断」こそ、文化助成の規制にとり必要であると説く。ここで、「切断」とは、「ひとたび、基準の具体的な適用を、芸術専門職である審査機関に委せた上は、国家は、この審査機関の判断に容喙して、その判断を動かすことはできない」ということである²²⁴⁾。

この「切断」のために必要不可欠であるのが、「文化専門職」である。蟻川恒正氏は、たとえば公立美術館という助成プログラムにおける文化専門職の職責の主要部分として、次の三点を挙げる。すなわち、①自らの判断によって展示を企画すること、②そのために作品を選定し、これを公開すること、③そして、そうであるからには、自らの企画とそれに参加した作品とを外部の全る勢力の干渉から擁護すること、である²²⁵⁾。そして、それは、文化専門職の「自由」であるのみならず、「義務」であるとし、文化専門職に、公的な社会的圧力に屈しない高度の「職責」を課すのである²²⁶⁾。

こうした蟻川恒正氏の見解に対して、学説は概ね好意的である。たとえば、阪口正二郎

氏は、次のように言う。「学問の自由の場合と同様に、やはりこの領域において肝要なことは、すぐれた芸術に対して援助を行うという制度それ自体をできるだけ政治から切り離し」、芸術としての卓越性という「基準を政府が過度に政治化させないようにすること」であり、「制度それ自体の自律性を確保すること」である。「その意味で『文化専門職』の役割に注目するとともに、それをあえて自覚的に『職責』という形で、単なる『自由』ではなく『自由』と同時に『義務』として構成する蟻川の議論は、極めて示唆的であるように思われる」²²⁷⁾。

あるいは、杉原泰雄氏は、蟻川恒正氏を参照した上で、「国や地方公共団体は、文化的諸活動について外的諸条件を積極的に整備すべき立場にあるが、その立場から、具体的な給付等の助成活動のための基本方針をみずから策定しうるかどうかとも問題となる」ところ、「政府等にその策定を認めつつも、その解釈は文化専門職に留保されるところによって、文化の自律性を確保することが考えられる」とする。そして、「これは堅持しなければならない最低の条件であろう」とする。もっとも、「しかし、十分条件であるかは、なお問題となる」として、一定の留保を示している²²⁸⁾。

(2) 「自由意識の喪失」

a 有無

それでは、「自由意識の喪失」はあるであろうか。定式 ii に見た如く、補助金交付行政ないし租税優遇措置における「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るもの

223) 蟻川・前掲注 202)96 頁。

224) 蟻川・前掲注 216)212-214 頁。

225) 蟻川・前掲注 216)216 頁。

226) 蟻川・前掲注 216)218 頁。

227) 阪口・前掲注 200)34 頁。

228) 杉原・前掲注 213)45 頁。

であり、⑥当該受益者を越えて市場全体の活力を奪うものである。

①、②については問題なからう。

③について、ここで問題となっているのは、職業選択の自由ではなく、精神的自由なかんずく表現の自由である。そうすると、形式的には③には当てはまらない。

しかし、既に見たように、ここで重要であるのは、問題となっている自由の領域が、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」に含まれているか否かであった。

そして、表現の自由がこれに含まれることは問題あるまい。むしろ、職業選択の自由よりもそうした領域の核心部分に近いものであるとさえ言い得る。したがって、③についても、補助金交付行政や租税優遇措置と同じか、あるいはより一層深刻な状況にある。

④についてはどうか。国家による文化助成の危険性は、一言でいえば、助成を通じて行われる自由の「操作」にあった、と言えるであろう²²⁹⁾。すなわち、文化助成は、既に見たように、形式的には「給付」であるが、実質的には「規制」であり得る。ここに、「侵害」類似の効果を認めることができる。これは、補助金交付行政における負担付贈与の不利益に近い。

しかし、これだけでは、「自由意識の喪失」があるとは言えない。なぜなら、自ら規制されることを自覚した上で、それでもあえて助成を選ぶということもあり得るからである。このとき、被助成者は、「自由意識」に基づいて、表現の自由の「対価」として助成を受けているのであって、「自由意識」を喪失しているわけではない。

表現者が助成を受けるに至る道筋は、様々であり得る。自らの創造性の赴くままに表現活動を行っていたところ、たまたま既存の枠組において助成を受け得るものであった場合もあれば、それが評価されて新しく助成を受け得る表現類型として認められることもある

う。あるいは、自らの創造性の指し示すところではないが、助成を受けないと生計を維持できないために、あえて助成の対象となるような表現類型を選択することもあるかもしれない。そのいずれにせよ、その表現類型を選択したのは、その理由はどうであれ、表現者の「自由意識」である。

問題は、その先にある。すなわち、そのようにして助成を受け始めた表現主体が、助成を長期間にわたり受け続けることにより、助成を受け得ない別の表現類型という選択肢をそもそも失ってしまわないか、ということである。そのとき、当該表現主体は、「自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識を喪失」してしまっている。

自らの創造性の赴くままに表現活動を行い、それで生計を立てられる場合は、まだ良い。あるいは、表現活動以外に収入の手段を持っている場合も、同じくまだ良い。しかし、先に見たように、芸術活動というのは、伝統的にパトロンを必要とするものであった。そのような、助成なくして生計を立てられない者がいたとして、その者は、助成を受けながら、その助成を受けられるかどうかに関わらない基準に基づいて、本当に表現活動を自律的に行っていくことができるのか。そのような環境に長く身を置くことによって、いわば内側から、自らの生存に都合のよい選好が形成されていくのではないか。果たして、人は、助成という温室の中にいて、発揮することのない自らの創造性を、それでも維持することができるほど、強い存在なのであるうか。

その答えは、おそらく否であろう。先に、芸術の本質は、創造性であり、創造性の前提は、自律性であると述べた。「自由意識の喪失」は、その自律性の前提をも奪ってしまうのである。もっとも、中には、確固たる自我を持ち、助成には流されない強い人間もいるかもしれない。しかし、多くの人間は、弱いものである。したがって、④も、これを充た

229) 駒村・前掲注211)174頁。

すというべきであろう。

⑤について、④のようにして「自由意識の喪失」に陥った表現者は、自らの芸術活動の方向性を、助成を受けられる方に、すなわち「国家の言う通り」に定めるようになる。したがって、⑤も、これを充たす。

⑥についてはどうか。ここで問題となっているのは、経済的自由に言う「市場」ではない。したがって、形式的にはこれを充たさない。しかし、ここで重要なのは、「市場の活力を奪う」ことのみならず、④⑤の個別的作用によるメンタリティが広く国家全体に蔓延し、全体的作用を及ぼす点にある。そして、こうした全体的作用という観点から見たとき、文化助成のもたらすそれは、補助金交付行政や租税優遇措置に比してより深刻であるとさえ言える。

その深刻さの相違は、国家による「お墨付き」に由来する。すなわち、国家は、自らの「お墨付き」により、特定の表現類型に特権的地位を与えることができる。そうすると、ずる賢い国家である場合、自らの統治にとって都合のよい表現類型を優遇し、都合の悪い表現類型を冷遇することが考えられる。そして、そうした国家による価値基準の形成は、広く国民の選好形成に強い影響を与える。表現の受け手は、こうして、国家の「捏造した」価値基準に毒されることになる。

II 1 までの検討に従えば、「自由意識の喪失」により、経済的自由について主体性・自律性を失い、その選択・決定を国家に委ねるとしても、それは利益的作用を得るためであって、その選択・決定の対象自体の価値判断についてはなお中立的であった。言い換えれば、当該私人は、その経済活動に価値があるからそれを行うのではなく、それが心地よい「温室」を与えてくれるからこそそれを行うのであった。しかし、文化助成は、芸術の価値基準をすら、捏造してしまうのである。

芸術の価値が果たしてどのようにして決せられるのか、芸術に疎い本稿筆者にはよく分からない。しかし、少なくとも、特定の者が自らの都合の良いように意図的に「捏造した」ものであってはなるまい。芸術の価値は、芸術活動の中から、自発的に浮かび上がる「何

か」であろう。そうであれば、助成の有無自体が基準として観念され、助成を受け得るような芸術にこそ価値があり、そうでない芸術には価値がないということになってしまっただけはなるまい。それは、芸術の芸術性の破壊ではないか。

このとき、自らの「自由意識」に基づいて創造性を発揮すべき表現主体は国家による価値基準に基づいて芸術活動を行い、自らの「自由意識」に基づいて芸術を鑑賞し評価すべき表現の受け手は国家による価値基準に従ってそれを評価する。これでは単なる「やらせ」である。こうして、文化は、助成によって如何に見た目にきらびやかであっても、それは短期的な成果に過ぎず、実は根こそぎ破壊されていることになる。こうした全体的作用は、補助金交付行政や租税優遇措置におけるそれに比して、一層深刻であるように思われる。

b 効果

a では、国家による文化助成の問題点を、「自由意識の喪失」という本稿の問題関心から略述した。しかし、そこで言われていることは、実は、従来言われてきたものを「自由意識の喪失」という軸の下に構造化したに過ぎない部分が多い。それは、定式 ii の⑥についての検討で見たように、表現の自由の領域においては、経済的自由以上に、私人の主体性・自律性が重視されてきたからであろう。

そうすると、国家による文化助成の領域において、「自由意識の喪失」がその概念によって把握されることの効果は、限定されるというべきであろう。すなわち、それにより、新たな行政規律の方法がもたらされるという類のものではない。そうではなく、ここで得られる知見は、以下のようなものである。

すなわち、「自由意識の喪失」に相当する問題は、実は文化助成において、典型的に論じられてきたところであった。しかし、それは、文化助成に限らず、補助金交付行政や租税優遇措置で見たように、他の行政分野にも広く応用可能なものである。そこで、それらの諸分野における同質の問題を、「自由意識の喪失」という概念の下に、統一的に把握することが考えられる。それにより、より体系

的・統一的な行政規律の在り方が認識され得るであろう。

たとえば、先に紹介したように、文化助成の統制方法として蟻川恒正氏によって提唱されている「切断」の議論を、「自由意識の喪失」という問題意識を媒介として、他の行政分野にも応用することも考えられてよからう。これについては、Ⅲ 1 にて若干扱うことにする。

c 再々定式化

さて、2 を締めくくりに当たり、補助金交付行政と租税優遇措置を捕捉するものであった定式 ii を、文化助成をもその射程に含むために、さらに定式化することにする。修正を要するのは、上記検討で明らかなように、③及び⑥である。

まず、③について、「職業選択の自由について」としていたが、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について」という形に広く一般化されるべきである。

次に、⑥について、「市場全体の活力を奪う」ことだけが全体的作用として想定されるのではなく、より深刻なものとして、特定の分野における価値基準を国家が捏造するというものが想定される。このような分野としては、芸術のほか、学問も含まれよう。他に同様の問題が生じる分野があるかどうかについては、ここではひとまず措く。そこで、⑥は、「当該受益者を越えて市場全体の活力を奪う」から、「当該受益者を越えて、経済分野において市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野において価値基準を捏造する」と書き換えられるべきである。

こうして、「自由意識の喪失」は、さらに定式化し直されることとなった（以下、「定式 iii」という）。すなわち、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけ

ばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造するものである。

3 情報提供

(1) 問題構造

a 検討対象の限定

本稿は、まず、補助金交付行政について、「自由意識の喪失」が問題になることを確認した。それは、経済的自由なかんずく職業選択の自由に関わるものであった。本稿は、次に、「自由意識の喪失」が、ひとり補助金交付行政のみならず、租税優遇措置についても問題になることを確認した。しかし、それはなお、主に経済的自由に留まるものであった。ここで重要なことは、これらの領域においては、「自由意識の喪失」は少なくとも我が国においてはほとんど語られることのない問題であったということである。

本稿は、次に、文化助成を題材に、精神的自由なかんずく表現の自由についても、「自由意識の喪失」が問題になることを確認した。もっとも、ここで重要なことは、実は、「自由意識の喪失」に相当する問題が、文化の創造性・自律性の破壊という観点から、文化助成については従来既に論じられてきたということであった。こうして、「自由意識の喪失」という統一概念の下に、従来文化助成において論じられてきたことが、反射的に、補助金交付行政や租税優遇措置の領域においても応用可能であることが示唆された。

ここまでで検討してきた領域は、国家によって金銭的な利益的作用がもたらされる場面であった。しかし、国家によってもたらされる利益的作用は、金銭的なものに限られるわけではない。より日常的かつ一般的には、情報の提供という作用が考えられる。そこで、3 では、「情報提供」という題目の下に、国家による情報提供、すなわち、政府言論の五類型でいうと、①「言論者としての政府」のうち、自ら言論し、または私人を「道具」として言論する場合、及び②「言論者として

の政府」のうち、専門職を「道具」として言論する場合に当たるものを検討することにする。

b 従来の議論

(a) 事案

ここでは、ある事案を手懸りとして議論を展開する手法を採用したい。ここで手懸りとするのは、O-157による集団食中毒の原因調査報告に係る諸判決である²³⁰⁾。

この事案では、厚生省（当時）が食中毒の原因調査を行い、特定の生産業者（匿名で公表したが現実にはどの業者かを特定できた）が出荷した貝割れ大根が原因食材である可能性が否定できない、および可能性を最も高いとする、中間報告および最終報告を公表したところ、当該事業者（大阪で出訴）、および貝割れ大根の他の生産・販売業者と事業者団体（東京で出訴）が、国家賠償を請求した。東京地裁は請求を棄却したが、東京高裁と大阪地裁は異なる理由によるが、名誉、市場における評価ないし信用の毀損に係る損害賠償請求を認容した²³¹⁾。

これらの判決では、公表の違法性が主たる争点となった。本稿は、公表の違法性を基礎づける理由のうち、「法律の留保」の要否について着目したい。そこで、以下では、まず、従来の議論を整理することにしよう。

(b) 「法律の留保」

「法律の留保」については、三判決ともこれを不要としている。

すなわち、東京高裁は、「本件各報告の公表は、現行法上、これを許容し、又は命ずる規定が見あたらないものの、関係者に対し、行政上の制裁等、法律上の不利益を課すことを予定したものでなく、これをするについて、明示の法的根拠を必要としない」とする。さらに、「本件各報告の公表を受けてされた報道の後、貝割れ大根の売上が激減し、これにより」事業者団体が受けた「不利益は、本件各報告の公表の法的効果ということではでき

ず、これに法的根拠を要することの裏付けとなるものではない」とする。

東京地裁は、次のように言う。本件各公表は、「公表の対象となっている本件特定施設に対して貝割れ大根の販売等の営業を禁止する趣旨を何ら含むものでなく、まして、原告業者らその他の貝割れ大根生産業者に対してかかる営業を禁止するものではなく、行政上の規制や勧告に従わない者に対する制裁ないし強制手段としての性格を有するものでもないから、法律上の根拠なくして行うことができない権力行為とみることはできず、いわゆる非権力的な事実行為にすぎないと認められ、本件各公表に必ずしも法律の明示の根拠が必要とは考えられない」。そして、事業者団体の不利益については、「これは、本件各公表行為、それに引き続く報道機関における報道によって、事実上不利益を受けたにとどまるものというべきであり、そのことのゆえに本件各公表行為が原告業者らの営業の自由を直接侵害する権力行為であるとみることはできない」とする。

大阪地裁は、「行政機関が私人に関する事実を公表したとしても、それは直接その私人の権利を制限しあるいはその私人に義務を課すものではないから、行政行為には当たらず、いわゆる非権力的事実行為に該当し、その直接の根拠となる法律上の規定が存在しないからといって、それだけで直ちに違法の問題が生じることはないというべきである」とする。

三判決の採った論理構造は次のようなものであろう。すなわち、①直接の不利益を生じさせない行政作用には「法律の留保」を要しない、②原告の不利益は、本件各公表によって直接生じたものではない、③したがって、本件各公表には「法律の留保」を要しない。

本件各公表と原告の不利益との間の事実的因果関係は明らかであろう。しかし、原告の不利益は、情報提供自体によってではなく、

230) 東京地判平成13年5月30日判時1762号6頁、大阪地判平成14年3月15日判時1783号97頁、東京高判平成15年5月21日判時1835号77頁。

231) 事案の要約は、山本隆司「事故・インシデント情報の収集・分析・公表に関する行政法上の問題（下）」ジュリ1311号168頁、177頁（2006）に拠った。

それを受けた各私人の行動の集積によって引き起こされた。その意味で、事実上高度の蓋然性をもって不利益の発生が予見されたとしても、「直接の不利益」とは言えないということであろう。

こうした三判決の判断に対して、異議を唱え、「法律の留保」が必要であると主張するとしたら、そのルートは、大きく分けて二つ考えられよう。第一に、②の否定、すなわち、本件においても、直接的な不利益が生じていると主張するか、第二に、①の否定、すなわち、間接的な不利益であっても「法律の留保」を要することがあると主張するか、である。もっとも、三判決の判断について、学説は概ね好意的である。たとえば、瀬川信久氏は「一応、問題がないであろう」とし²³²⁾、村上裕章氏は「本件のような情報提供のための公表に法律の根拠を要求する見解は見られず、妥当な判断である」とする²³³⁾。

しかし、有力な反対説もある。たとえば、山本隆司氏は、「日本では、公共の安全を守るための情報の公表であれば法律の根拠を要しないことに、ほとんど異論が差し挟まれていない」が²³⁴⁾、実はその論拠は薄弱であるとする。すなわち、「こうした公表が古典的な『命令と強制』に当たらないこと、給付行政としての性格を持つことだけでは、それが（同時に）侵害留保原理にいう侵害の性格を持つことを否定する論拠にはならない」とし、理論的に言えば、「規制を内容とする行政行為と機能的に等価な『警告』は、法律の根拠を要するように思われる」とするのである。

こうした有力説は、ドイツにおける判例と、少なくとも一般論のレベルでは整合的である。そこで、ここでは、同じく情報提供の「法律の留保」の要否が問題となった、二つのドイツ判例を参照する。すなわち、オショール決定と²³⁵⁾、グリコール・ワイン決定である²³⁶⁾。両決定の内容は類似しているので、ここでは、オショール決定について、西原博史氏の翻訳をもとに紹介する²³⁷⁾。

オショール決定は、まず、次のように言う。「連邦政府は、議会や一般国民に対して、オショール運動やそこに属する集団、そしてその目的や活動について、情報提供を行うことができる。その際に連邦政府は、憲法から直接に導き出せる政府の国家指揮の任務に依拠することができ、それ以上の法律による授權を必要としない。国家指揮の任務は²³⁸⁾、適時の公的な情報提供によって国家・社会の中における対立の解決を容易にすることだけではなく、このようにして短期的に生じる挑戦に対処し、危機や市民の懸念に対して即座に適切な反応を取り、また、市民が方向設定をできるようにする任務をも含む」。すなわち、「国家指揮」という「憲法から直接に導き出せる」任務を根拠として、行政は、情報提供を行うことができる。

また、続いて、「この情報提供行為は、間接的・事実上の基本権に対する侵害的影響が伴っている場合であっても、基本法が政府に割り当てた国家指揮の任務によってカバーされている」とし、間接的・事実上の侵害がある場合であっても、情報提供行為には原則として法律の根拠は不要であるとする。

232) 瀬川信久「二つの O-157 判決——食中毒の原因を公表した行政の国家賠償責任」判タ 1107 号 69 頁、70 頁 (2003)。

233) 村上裕章「集団食中毒の発生と情報提供のあり方——O-157 東京訴訟控訴審判決を契機として」ジュリ 1258 号 112 頁、115 頁 (2003)。

234) 山本・前掲注 231)181 頁。

235) BVerfGE 105, 279. Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juni 2002. 内容は、西原博史「ドイツ憲法判例研究 (116) 政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の保障」自治研究 79 巻 7 号 144 頁 (2003) に拠った。

236) BVerfGE 105, 252. Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juni 2002. 内容は、丸山敦裕「ドイツ憲法判例研究 (134) 国家による情報提供活動の合憲性——グリコール決定」自治研究 81 巻 12 号 144 頁 (2005) に拠った。

237) 西原・前掲注 235)146 頁。

238) 西原・前掲注 235) は、Staatsleistung について、「国家指揮」と翻訳する。もっとも、本稿筆者の見たところ、同語については、「国家指導」と訳される方が多い。そこで、本稿でも、「国家指導」を原則とし、西原博史氏の翻訳を引用するときのみ、「国家指揮」を使うことにする。

もっとも、例外的に法律の根拠が要請される場面も認めている。すなわち、『法律の留保』は、そこで取られる措置が目標設定や作用の点において伝統的な意味における基本権に対する侵害的規制と評価すべき国家的措置の単なる代替手段である場合のほかは、特別の授權を求めない。すなわち、「伝統的な意味における基本権に対する侵害的規制と評価すべき国家的措置の単なる代替手段である場合」には、例外的に法律の根拠が要請されるのである²³⁹⁾。

それでは、「伝統的な意味における基本権に対する侵害的規制と評価すべき国家的措置の単なる代替手段である場合」とは、どのような場面であろうか。この点については、当該行政作用の「目的」に着目するべきであろう。ドイツ連邦行政裁判所の二つの判決を参照する。

第一に、「医薬品の価格・効能・品質保証等の一覧表（透明化リスト（Transparenzliste））の公表、および公表に先立つ医薬品製造業者からの情報収集は、業者の企業活動の自由に対する『目的的で基本権固有の（final und grundrechtsspezifisch）』侵害にあたり、法律の授權を要する」²⁴⁰⁾。第二に、「汚染されたワインとそれを詰めた業者の一覧の公表は、職業活動の自由に対する『目的的』侵害ではなく、実質的にも『基本法 12 条 1 項が保護する業者の自由を侵害しない』」²⁴¹⁾。

このように、ドイツにおいては、侵害が「目的的」であるか否かをメルクマールにする一群の判例がある²⁴²⁾。山本隆司氏は、これを、「国家作用（Einwirkung）を行う側から見て、国家作用がいかなる社会関係をいかに形成する意味・目的を持つかを、全体として分析する態度」であると評し、「国家作用を行うための制度をいかに構築するかに関わる、法律

の留保について判断する際には」、こうした「分析枠組みを一貫して採るべきであろう」とする²⁴³⁾。

あるいは、加藤幸嗣氏は、さらにドラチックである。すなわち、氏は、「さしあたり、義務の不履行等に係る公表措置、あるいはより広く、人を識別する情報に係る公表措置については、制裁を目的とするものであるか否かにかかわらず、いったん、すべて法律の根拠が必要と考えたうえで、情報提供を目的とする場合等については、そのことが状況により言わばその例外許容事由として働きうることもあると解しておくことも一つの考え方ではないか」とするのである²⁴⁴⁾。

(2) 「自由意識の喪失」

a 効果

O-157 に関する三判決は、いずれも当該情報提供行為には「法律の留保」は不要とした。これに対して異議を唱える方法は、既に指摘したように、①本件においても、直接的な不利益が生じていると主張するか、②間接的な不利益であっても「法律の留保」を要することがあると主張するか、しかない。

このうちの①について、「自由意識の喪失」の個別的作用が積極的な意味を持ち得る。すなわち、情報提供行為の直接的な相手方は、その情報の受け手である。そうであれば、情報の受け手に不利益が生じていると言うことができる。その不利益は、直接的な不利益であるということになる。そして、その情報の受け手の不利益として想定されるのが、「自由意識の喪失」である。

それでは、②はどうか。ここでは、先に紹介した有力説の「侵害の機能的等価」の例外則が参考になる。すなわち、間接的な不利益ではあるが、直接的な「侵害」と「機能的」に「等価」であるから、これに「法律の留保」

239) 両決定及びそれにまつわるドイツの学説の紹介については、鈴木秀美「行政の公表による信用毀損」法時 75 巻 12 号 116 頁（2003）も参照。

240) BVerfGE 71, 183. 内容は、山本・前掲注 86)415 頁に拠った。

241) BVerfGE 87, 37. 内容は、山本・前掲注 86)416 頁に拠った。

242) もっとも、山本・前掲注 86)416 頁によれば、「国家作用（Wirkung）を受ける側から見て、国家作用が個人の自由意思に与える物理的・心理的拘束力を、個々に分析する態度」を採る判決もある。

243) 山本・前掲注 86)416 頁。

244) 加藤幸嗣「行政上の情報提供・公表」芝池ほか編・前掲注 20)40 頁，41 頁。

を要するというものである。

そして、これは、ドイツにおけるオショール決定やグリコール・ワイン決定も認めるところであった。もっとも、両決定は、それぞれの事案で「侵害の機能的等価」に相当するものを認めず、「法律の留保」は、これを不要と解した。この点については、このように解すると、法律の根拠を要する「侵害の機能的等価」の範囲が過度に狭くなるという批判があるところである²⁴⁵⁾。

この点に関する斎藤一久氏の見解も紹介に値しよう。氏は、O-157のような事案を「従来の人権理論における『谷間』の問題」と捉えた上で、「基本権の間接的侵害」として位置づけ、「法律の留保」の要否を別途検討するべきであるとする。

すなわち、まず、問題状況を次のようにまとめる。「国家の情報提供行為によって、私人は、行政上の義務不履行などによる制裁目的の公表の場合、または名誉権（人格権）侵害に該当する場合は別として、信教の自由、表現の自由、営業の自由などの基本権を必ずしも直接的に侵害されるわけではない」とし、O-157の事案も、「国は特定地域または特定業者の貝割れ大根の販売・購入を禁止したわけではなく、消費者のために情報を提供したに過ぎない」とする。しかしながら、O-157の事案は、「結果として、消費者全体が当該情報を信じ、貝割れ大根を買い控え、また一部の消費者及び小売業者が特定地域または特定業者の貝割れ大根の購入を止めるといった事実上の間接的なマイナスが生じた」のである。

その上で、「それゆえ国家の情報提供行為は、古典的な国家による人権侵害でも、また私人間効力論で想定されているような私人による人権侵害とも分類し難い」とし、情報提供行為のもたらす問題状況が、従来の人権理

論では捕捉し難いものであることを指摘する²⁴⁶⁾。

そして、そうした問題状況について、「第三者としての私人が、国家の非権力的な手法により間接的に影響を受けたことを契機として、すなわち国家が私人の行為を制御した結果として、人権を侵害しているという構図であり、その意味では従来の人権理論における『谷間』の問題として、『基本権の間接的侵害』と位置づけられるべき」であるとし²⁴⁷⁾、「O-157事件における国家の情報提供行為について『法律の留保』は必要ないとする判例評釈が多数見られるが、ドイツ学説における先の諸判決に対する批判を見る限り、疑問が残るところである」とするのである²⁴⁸⁾。

傾聴に値すべき議論である。しかし、こうした「侵害の機能的等価」や「基本権の間接的侵害」という観点について、「自由意識の喪失」概念の導入が貢献するところはほとんどないように思われる。「自由意識の喪失」概念の導入が②の方向性に貢献し得るとしたら、そのような筋ではなく、その全体的作用に拠る。

すなわち、オショール決定及びグリコール・ワイン決定は、情報提供が「国家指導」に含まれるがゆえに法律の根拠は不要としていた。ここに言う「国家指導」とは、「政治的決断が必要な問題状況について情報提供を行う、政府の広報活動を正当化するために認められてきた枠組み」である²⁴⁹⁾。しかし、情報提供の社会を方向づける目的および効果の大きさから、「国家指導」よりは特定された任務を法律で定めることも必要なのではないか²⁵⁰⁾。

このような、「社会を方向づける目的および効果の大きさ」から「法律の留保」を要するという発想は、かなり有力である。たとえば、塩野宏氏は、給付行政に関するものでは

245) 山本・前掲注 231)180 頁。

246) 斎藤一久「基本権の間接的侵害理論の展開——国家の情報提供行為による基本権侵害を中心として——」憲法理論研究会編『憲法学の最先端〈憲法理論叢書 17〉』55 頁、56 頁（敬文堂、2009）。

247) 斎藤・前掲注 246)56 頁。

248) 斎藤・前掲注 246)63 頁。

249) 西原・前掲注 235)150 頁。

250) 山本・前掲注 231)180 頁。

ないが、次のように言う。すなわち、「侵害留保理論の自由主義的機能と現実の行政需要を前提とすると、侵害領域における法律の留保の原則は維持するとして、これに加えて、わが国民の将来の生活を規定するようなもの（たとえば国土開発計画）については、国民の法的利益への直接の影響とは無関係に、わが国の民主的統治構造との関係からして法律の根拠を要する、という解釈も成り立つのではなかろうか」²⁵¹⁾。

このような「社会を方向づける目的および効果の大きさ」を一層強調するものとして、「自由意識の喪失」の「市場全体の活力を奪い、あるいは芸術・学問分野における価値基準を捏造する」という全体的作用は機能し得る。こうした観点から、「法律の留保」の要否が検討されてよいように思われる。

b 有無

それでは、情報提供によって「自由意識の喪失」はもたらされ得るのであろうか。定式Ⅲに見た如く、「自由意識の喪失」とは、次のように定式化されるものである。すなわち、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて、経済分野において市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野において価値基準を捏造するものである。

①については問題なかろう。もっとも、ここで、たとえばNHKによる放送がここに言う情報提供に含まれるかも問題となり得る。しかし、政府言論の五類型に見た如く、国家が自ら言論する場合のみならず、私人ないし専門職を「道具」として言論する場合も捕捉する必要がある。したがって、NHKによる放送等についても、国家の「道具」となる危

険性がある場合には、ここに含めてよい。その場合、主体はつまるところ「国家」であるからである。

②についてはどうか。まず、情報提供は金銭的な利益を与えるものではないが、文字通り「情報」を与えるものである。そして、現代社会において「情報」が持つ重要性は改めて論ずるまでもないであろう。したがって、「利益的作用」であると言える。また、国家は、不断に国民に対して何らかの「情報」を発信している。たとえば、政府広報等が考えられよう。したがって、「継続的」であるとも言える。

では、「中毒性」を持つか。現代社会においては、膨大な量の情報が飛び交っている。私人は、自らの行動を決定するに当たって、その中から正しいものを選び取らなければならない。その際、国家による情報提供が、私的なメディアや専門機関等によって発信される無数の情報と対等であれば、独自に論じるべき問題はない。しかし、国家の提供する情報は、ある場面において、自らを選び取らせる強力な動機付けを有することがある。

その「ある場面」を示すに当たり、国家による情報提供がなされる場面を、(ア)国家の寡占的な情報提供状態にある場合と、(イ)そうでない場合に分ける。さらに、(イ)における国家による情報提供の訴求力の強度を、二軸によって類型化する。

まず、(イ)について、その二軸とは、以下を意味する。第一に、その判断の影響の深刻度である。たとえば、その判断によって自らの生命・身体がかかっているというとき、私人は国家のもたらす情報を信じる傾向にある。影響が深刻であるからこそ、私人は保守的になり、保守的になるからこそ、国家のもつある種神秘的な正統性が魅力的に映るのであろう。第二に、その判断に要される専門性のゆえに、通常の私人にそれを期待するのは困難であるとき、私人は国家のもたらす情報を信じる傾向にある。他の私人たる専門機関の判断によってもこれに代替することは可能

251) 塩野・前掲注1)77頁。

であるが、国家のもつ甚大な情報の収集・蓄積・発信力は、他に類を見ないものがある。

国家による情報提供の訴求力は、こうした二軸の相関関係により定まる。そのうち、少なくとも判断の影響が深刻でその判断に専門性が要されるときには、そのような判断をいったん国家に委ね始めると、その判断の困難性と国家に身を委ねることの安易性のゆえに、私人は国家による情報に依存するようになるであろう。したがって、少なくともこのような場合であれば、情報提供行為は「中毒性」を帯び得る。O-157の事案も、まさにこの類型に属するであろう。

(ア)については、国家の寡占的な情報提供状態にある以上、私人は、その情報を利用せざるを得ない状況にある。したがって、判断の影響の深刻度やその判断に要される専門性の度合いを云々言うまでもなく、「中毒性」を帯び得る。たとえば、義務教育がこれに当たる。蟻川恒正氏は、皮肉にも次のように言う。すなわち、「教育とは、『囚われの聴衆』に宛てた *government speech* に対し、政府が冠した美称である」²⁵²⁾。教育を受けるべき子供は、未成熟であることも相俟って、その影響力は深刻である。

したがって、「中毒性」について、すなわち②については、情報類型によっては、これを充足し得る。そして、このとき、④⑤についても同時に充足するのは、これまでの検討により明らかであろう。

③についてはどうか。国家の情報提供は多岐にわたるものである。したがって、その個々の場合について、一概に人格的自律に必要不可欠であると言うことはできない。もっとも、場合によっては③を充たし得るであろう。たとえば、国家が種々の職業に価値序列を設け、その序列が絶対的なものであるかのように発信し続け、私人がそれを信じるに至った場合はどうであろうか。それにより、私人は、職業選択の際に、自分の能力・境遇等からして選択可能なもののうち、国家がよ

り上位に位置づけたものを職業として選択しようとするであろう。これは、職業選択の自由という人格的自律に必要な不可欠な自由に関する「自由意識の喪失」ではないか。

もっとも、O-157の事案について言えば、そこで喪失された「自由意識」は、「貝割れ大根、とりわけ特定の事業者の貝割れ大根を買うかどうか」の判断に関するものである。これは、憲法13条の「新しい人権」論に鑑みても、人格的自律に必要な不可欠なとは言えず、したがって、これだけでは③を充足するものではない。

⑥についてはどうか。すなわち、政府言論にも全体的作用は存在するか。この点については、民主主義との関係を指摘しなければなるまい。特定の情報類型において、国民が国家を疑わなくなったとき、すなわち、国家が国民の「洗脳」に成功したとき、少なくともその領域において民主主義は機能不全に陥ってしまうのではないか。

この点について、蟻川恒正氏は、次のように言う。すなわち、「言論の伝達能力において圧倒的な潜勢力をもつ政府が、特定の *viewpoint* にもとづいて強力に表現活動を遂行するならば、その活動の言論市場に与える影響は無視することができない。それは、政府による国民の同意獲得過程を政府に有利な方向で操作すること (*falsification of consent*) を可能にするだけでなく、より一般的に、言論市場における情報伝達過程を歪める危険がある」²⁵³⁾。

すなわち、政府言論の問題は、単に言論市場において対立する意見を黙らせるということに留まらず、「同意を偽装する」ことで民主主義を骨抜きにし、国家を尊大な教師ならしめる「特定の意識」を私人に植え付けることにあるのである²⁵⁴⁾。

c 再々再定式化

以上を受けて、「自由意識の喪失」概念は、再々再定式化される（以下、「定式iv」という）。直接の修正を要するのは、以上の検討

252) 蟻川・前掲注112)123頁。

253) 蟻川・前掲注202)93-94頁。

254) 阪口・前掲注200)32頁。

で明らかのように、⑥のみである。

すなわち、「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③人格の自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて、広くは民主主義を骨抜きにし、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造するものである。

3では、これに加え、②の「中毒性」について、より精緻な検討を行った。

d 再考

冒頭でも述べた通り、本稿は、行政規律の第一次元に専ら重点を置くものであり、基本的には法的統制論まで深く立ち入るものではない。しかし、ここでは、aでの議論を前提に、bでの検討を受けて、「自由意識の喪失」概念が「法律の留保」の要否に関する議論にもたらす効果について立ちかえり、若干深く検討する。

さて、bでの検討に明らかのように、O-157の事案では、国家による情報提供は、「自由意識の喪失」の個別的作用をもたらすものではなかった。では、「法律の留保」も不要であるのか。これは、必ずしもそうではないように思われる。なぜなら、国家による情報提供行為は二面性を有するからである。

すなわち、国家による情報提供は、危険性と同時に必要性も有する。まず、その危険性は、次の二点である。

第一に、確かにO-157の事案は、「自由意識の喪失」の個別的作用をもたらすものではなかった。しかし、bで見たように、国家による情報提供は、場合によっては「中毒性」を持ち、「自由意識の喪失」の個別的作用をもたらすものである。そうであれば、これを野放しにしておくのは適切ではない。

第二に、個別的作用だけでなく、bで見たように、情報提供は「自由意識の喪失」の全体的作用ももたらし得る。すなわち、「民主主義の骨抜き」である。これは、民主主義という現代国家の大前提を掘り崩すという点で、忌避されるべきものである。国家が全く善良な意図で、中立的な立場に基づき、情報提供を行っている場合はまだ良い。しかし、国家はそこまで全面的に信頼してよいものではあるまい。

蟻川恒正氏は、次のように言う。すなわち、「今日、もし思想の統制が行われることがあるとすれば、政府の介入は、かつての如く、思想に対する『検閲者 (government as censor)』の相貌を露わにすることを愧じぬ仕方によってではなく、むしろ逆に、国民に対する有益な『情報提供者 (government as speaker)』として、『思想の自由市場』というフィクションから引き出しうる限りの便宜を引き出して、自らの欲する思想を国民の中に浸潤させていくという方式によって、遂行されるであろう。しかも、思想統制のかかる新しい形式の下で、国民は、のちに見る如く、しばしば広い意味で『囚われの聴衆』とも呼ぶべき存在へと——あるいは制度的に、あるいは事実上——転ぜしめられているのである」²⁵⁵⁾。

このように、情報提供行為には危険性が伴う。しかしながら、国家による情報提供は、必要性も有する。その必要性として、次の二点が考えられる。

第一に、国家による情報提供は、私人の自律的決定を阻害し、民主主義を骨抜きにし得るが、同時に、それを豊かにもし得る。

私人が何らかの活動を行うとして、そのための決定をする際、その決定を支える情報が必要不可欠である。そうした情報が豊かであればあるほど、当該私人の自律的決定は有意義なものになりうる。そして、国家の情報収集・蓄積・保有の能力は甚大である。そうであるならば、国家が情報提供を行うことは、むしろ、私人の自律的決定を豊かにするとい

255) 蟻川・前掲注112)112頁。

う意味も持つ。

第二に、私人の生命・身体を保護するために必要である。この必要性は、私人の生命・身体に対する緊急の危険があるときに特に明らかになる。O-157の事案は、まさしくこの類型であった。

たとえば、村上裕章氏は、「最近の食品衛生法の改正及び食品安全基本法の制定に見られるように、リスク・コミュニケーションの観点から情報提供が求められることはもはや時代の趨勢であり、行政が裁判所の判断を冷静に受け止め、情報公開に躊躇しないことを望みたい」とする²⁵⁶⁾。あるいは、鈴木秀美氏も、「被害拡大を防止し、国民の不安を解消するためには食品の安全性や伝染病に関わる情報の迅速な公表が求められる」とする²⁵⁷⁾。私人の生命・身体に対する危険が迫っているとき、それを救うために、何らかの情報を提供することは、むしろ国家の義務であると言えい得る。

このように、国家による情報提供は、危険性も必要性も併せ持つ。危険性の故に、必要性を理由としてこれを野放しにするのは適切ではなく、必要性の故に、危険性を理由としてこれを全面的に禁ずるのも適切ではない。そうすると、国家による情報提供行為は、補助金交付行政と同様²⁵⁸⁾、「自由意識の喪失」を軸として、目的・手段の必要性・比例性から、憲法上正当化されるものとそうでないものに分類されるというべきである。

そこで、憲法上正当化され得る範囲に留めるため、何らかの方法で法的に統制することが必要となる。しかし、事後的に「自由意識の喪失」自体を理由として訴訟等を提起することは、補助金交付行政において見たように、現実には想定し難い。そうであれば、事前的統制を重視せざるを得ない。そのために、その具体性の程度はさておき、法律段階で許される範囲をある程度特定し、あるいはそもそも許され得ない範囲を明示することが

望ましい。

問題は、そうであるとして、どの程度具体的に法律に書かれるべきか、である。すなわち、情報提供について、許される場合とそうでない場合の規範の明確化・具体化は困難であるようにも思われる。また、O-157の事案のように、緊急の事態に直面してなされるものもあり、そのような場合、問題が発生してから立法化していたのでは間に合わず、他方で、国会がそうした事態を全て想定して立法化することは困難である。そうであるとする、法律段階ではある程度抽象的・包括的な定め留め、あとは行政の裁量に委ねざるを得ない。そうすると、「法律の留保」と言っても、結局は中身ののないものになってしまう。

この場合になお「法律の留保」を課すと、今度は「法律の留保」自体がその概念を拡散させてしまう虞がある。この点について、塩野宏氏は、補助金交付行政についてであるが、次のように言う。すなわち、「その法律によって、補助金行政がいわゆる法規の執行と化す程度にまで要件が法定されるならば格別、かなり幅のある授權で足るとするならば、侵害留保理論がこれまで有してきた自由主義的機能——「法律の留保」内における行政活動においては自由裁量は存在しない——という基本原理が弱められる可能性があると思われるのであって、道具概念の安易な拡張的適用は厳につつしまれなければならない」²⁵⁹⁾。

この点は、確かにそうであろう。情報提供を含む給付行政においては、一般に行政の裁量が広く認められる必要があることは否定できない。したがって、法律に事細かに書きこむことはおそらく不可能である。そうであるなら、給付行政に「法律の留保」を要求してみたところで、法律による授權内容はある程度漠然にならざるを得ない。そうすると、それにつられて、「法律の留保」の有する意味内容自体が希薄になりかねないと言えるであ

256) 村上裕章・前掲注233)118頁。

257) 鈴木・前掲注239)118頁。

258) 本稿Ⅰ4(4)c参照。

259) 塩野・前掲注4)96頁。

ろう。

こうした「法律の留保」概念の希釈化に留意しつつ、法律段階で規定するとしたら、どのようなものが考えられるか。ここでは、簡単に方向性を示すに留める。

第一に、許容される情報提供の「目的」を列挙し、個々の情報提供ごとに、その情報提供が許容される「目的」のうちのどれに当たるかの説明責任を国家に課することが考えられる。これは、先にも見たように、恐れるべきは国家による「洗脳」である。そのような不当な目的での情報提供は許容すべきではない。もっとも、国家に説明責任を課したとしても、国家は巧みに嘘をつくかもしれない。しかし、目的の言明を強制することで、その嘘を見破ることは多少容易になろう。

第二に、情報の正確性・中立性を確保しなければならぬ。しかし、そうした理念を法律に書いたところで、国家がそれに従うかは分からない。そこで、一定の仕組みないし手続を強制することが考えられる。そのような仕組みないし手続として、以下のようなものがとりあえず想定される。

まず、国家による情報提供の監査を専門とする機関の設置である。国家による情報提供の正確性は、現在では専ら政党間の政争の具に使われる一方である。そうした政争から離れた機関による監査が望ましいとは言えないか。

あるいは、国家が情報提供をする際、場合によっては、一定数以上の専門機関の、できれば対立した見解を合わせて公表することを義務付けることにより、偏った情報のみが流布することを一定程度抑止することができるであろう。

さらに、関係者から広く情報を集める機会を設けることが考えられる。これは、関係者に対する手続保障の観点のみならず、「調査に必要な情報に最も近い者から情報を収集して行政機関による調査・判断・公表の合理性を担保する観点からも」、必要である²⁶⁰⁾。さらに、そうした情報収集過程で国家の提供

しようとする情報と食い違う関係者が現れた場合には、当該関係者に対して反論権を認めてはどうか。

第三に、しかし、たとえばテロや地震のような緊急事態には、そのような悠長なことは言っていられない。したがって、一定の場合に仕組みないし手続を省略してよいことも定めるべきであろう。

Ⅲ. 展望

1 法的統制論に向けて

(1) 方針

冒頭でも述べたように、本稿は、行政規律の二次元のうち、第一次元、すなわち、行政作用によりどのような不利益が生じるのかの検討を主題に据えた。この主題を、Ⅱまでは扱った。Ⅲ 1 では、これを受けて、行政規律の第二次元、すなわち、どのような法的統制論が構築され得るかを、簡単に素描する。

まず、本稿の成果から、法的統制のあり方について、次のような方針が導かれる（以下、「本稿の統制方針」という）。

第一に、個別的作用の個別的把握による法的統制は断念せざるを得ない。すなわち、まさにこの事案において、この私人が「自由意識の喪失」を被ったから、それは違法であるとは実際には言い難い。なぜなら、個別的作用は、いつ、どこで、誰に生じているのか、他人はもちろん、当人にとっても認識されにくいものであるからである。

そこで、まず、全体的作用に着目することが考えられる。もっとも、個別的作用も、個々人の基本権を侵害するものであり、基本権上有意である。ただ、個別的に把握され難いというに過ぎない。したがって、個別的作用も、抽象的・潜在的にはあるが、捉えられるべきであろう。

第二に、訴訟による事後の統制は、一定の「工夫」を用意しなければ、これを実現することはできない。個別的作用は実際の訴訟に

260) 山本・前掲注 231)182 頁。

においては立証困難であり、全体的作用は主観訴訟では主題化され難いから、「自由意識の喪失」は、そのままでは訴訟において機能しない。そこで、訴訟による統制を目論む場合には、一定の「工夫」をしなければならない。

第三に、そうすると、基本線としては、全体的作用ないし抽象的・潜在的な個別的作用に着目した、事前的統制が想定されることになる。

第四に、統制の大枠としては、目的に着目する。したがって、目的の明確化が統制の前提となる。すなわち、「自由意識の喪失」に貢献する行政作用は、全く禁じられるものではない。そこで、目的に応じて、許される範囲とそうでない範囲を画することになる。

まず、目的的に「自由意識の喪失」に貢献する場合には、その行政作用は一切許されない。次に、そうでない目的の場合には、その目的に照らして許容され得る程度の「自由意識の喪失」への貢献であるのかを判断することになる。

第五に、「自由意識の喪失」概念の発見は、それを軸として、給付行政全般に統一的な統制枠組を提唱することを可能にする。したがって、ある給付行政分野で提唱されていた統制方法を、広く給付行政一般に及ぼすことが試みられるべきである。

こうした観点も踏まえて、以下では、法的統制のあり方として、三つの可能性を指摘する。すなわち、第一に目的確定理論、第二に「法律の留保」、第三に「切断」である。なお、これらは排他的なものではなく併用可能である。

(2) 目的確定理論

第一に、目的確定理論である。これは、本

稿が I 3 において紹介したハベルカテ論文が提唱しているものである²⁶¹⁾。すなわち、それは、「議会が目的を定立し、当該目的にしたがって行政が資金交付を行い、それを裁判所が右目的との関連で比例準則を用いて審査する」という統制枠組である²⁶²⁾。

ハベルカテが提唱する枠組を、櫻井敬子氏は、次のようにまとめている。①議会は、資金交付の目的を明確に「法律 (Gesetz)」によって定めなくてはならない。②国家 (執行府) には右目的にしたがって行動しなくてはならないことが比例準則 (Verhältnismäßigkeitsgebot) によって要請される。③②は、裁判所において審査されるが、その目的・手段審査は消極的なものである²⁶³⁾。

ハベルカテ論文の眼目は、給付行政にも比例原則を適用することを提唱した点にある。すなわち、給付行政の統制方法として、基本権を端緒とするものが従来想定されてきたが、ハベルカテによれば、それでは不十分である。そして、そのこと自体は、本稿の結論とも一致する。すなわち、基本権による統制は、受領者の基本権に着目しても実際の訴訟では機能し難く、競争者の基本権に着目しても非常に限定された場面では機能し得ない²⁶⁴⁾。そこで、ハベルカテは、「包括的にコントロールしうる比例原則の中で基礎づけられる、目的と手段のコントロールが、必要になる」とする²⁶⁵⁾。

「目的と手段のコントロール」をするには、まずもって、目的が明確化されることが必要である。そのために、ハベルカテは、法律によって補助金交付の目的を明確化することを提唱した²⁶⁶⁾。そして、これを前提に、裁判所が目的・手段審査を (消極的に) 行うこと

261) 詳しくは、村上武則・前掲注 21) 第五章参照。

262) 櫻井・前掲注 40) (三) 108 頁。

263) 櫻井・前掲注 40) (三) 108 頁。

264) もっとも、既に見たように、ハベルカテは、本稿の立場と異なり、そもそも受領者の不利益を基本権上の問題として扱わない (本稿 I 3 (3) c 参照)。競争者については、本稿 I 4 (3) a (c) 参照。

265) 村上武則・前掲注 21) 192 頁。

266) 櫻井敬子氏は、「比例準則」と訳出している。これは、従来侵害行政分野に適用されてきた「比例原則」との相違を強調しようとするものであると思われる。すなわち、給付行政において適用される「拡大された比例原則」と、「侵害領域において語られていた比例原則」とは、用語は同一でもその内容は異なるものと言わざるを得ない。詳細は、櫻井・前掲注 40) (三) 109 頁参照。

になる²⁶⁷⁾。

こうしたハベルカテの目的確定理論は、本稿の統制方針と整合的である。

第一に、目的確定理論は、まさに目的を軸とした統制方法である。

第二に、目的確定理論は、全体的作用ないし抽象的・潜在的な個別的作用に着目した、事前的統制という側面を持ち得る。

まず、事前の法律段階で目的を明確化させることによって、「資金交付に伴って生ずる『自由意識の喪失』を防ぎ、資金の過剰給付を抑制する方策としてたてられた」ものであると言う点で²⁶⁸⁾、事前的統制としての側面を持つ。

次に、ここで企図されているのは、目的に照らして相当である手段に抑制すること、すなわち「資金の過剰給付を抑制する」ことにあるという点で、「自由意識の喪失」が実際に個別的作用として生じているかを問うものではない。もっとも、資金給付の過剰性を審査する中で、全体的作用ないし抽象的・潜在的な個別的作用を考慮することは可能であろう。

第三に、それは、事後的統制を可能にするための一つの「工夫」としての側面も持つ。すなわち、目的を確定することで比例原則の適用を可能にし、比例原則を適用することで裁判所による審査を可能にするのである。

この点において、「法律の留保」とは性質を異にする。すなわち、目的を留保し、それをもって行政作用の発動要件とする点では「法律の留保」の範疇にあるが、それによって裁判所による事後的統制を企図する点では「法律の留保」の含意を越えるものである²⁶⁹⁾。また、「目的と手段のコントロール」に耐え

得るほど詳細な目的の記載を要求する点でも、伝統的な「法律の留保」とは異なる²⁷⁰⁾。

(3) 「法律の留保」

第二に、「法律の留保」である。「自由意識の喪失」という新たな問題の発見は、「法律の留保」が要請される場面を拡大するであろう。この点については、既に情報提供について若干検討したところであるが²⁷¹⁾、ここでは、広く給付行政一般について検討する。

「法律の留保」論についての学説の大まかな流れは、次のようなものであった。すなわち、第一に、伝統的には、侵害行政に「法律の留保」を要すると言われてきた。第二に、こうした侵害留保理論を立憲君主制的イデオロギーに立つものとして批判し、わが国の民主的憲法構造に立脚し権力的行政に法律の根拠を要求する見解が生じた(全部留保理論)²⁷²⁾。第三に、これら二つの類型はいずれも当面の対象を権力発動の分野にのみ限っているのであるが、行政の法的行為形式とは離れて、日本国憲法の社会国家的構造に基盤をおいて、給付行政にも法律の根拠を要求する見解も生じた(社会留保理論)²⁷³⁾。第四に、近時では、ドイツの判例法理を参考に、行政活動の「本質的事項」については議会が決定しなければならないとする「重要事項留保(本質性留保)説」も有力に主張されるに至っている²⁷⁴⁾。

学説は、「法律の留保」という最も古典的かつ基本的な概念について、このように未だに混迷している。しかし、侵害行政のみに「法律の留保」を要求すればよいわけではないというレベルでは、概ね意見の一致が見られるように思われる。問題は、では、どの範囲に拡大すればよいのかである。

特定の給付行政に「法律の留保」が必要で

267) 「消極的に」ということの意味は、裁判官は、「目的達成コントロール (Kontrolle der Zweckerrichtung)」ではなく、「目的違背コントロール (Kontrolle der Zweckverfehlung)」をするべきであるとされているからである。その背景には、裁判官による社会形成への危惧感がある。櫻井・前掲注 40) (三) 110 頁参照。

268) 櫻井・前掲注 40) (三) 108 頁。

269) 櫻井・前掲注 40) (三) 110 頁参照。

270) 村上武則・前掲注 21) 173 頁。

271) 本稿 II 3 (2) d 参照。

272) 塩野・前掲注 4) 68 頁。

273) 塩野・前掲注 4) 69 頁。

274) 磯部力「法律による行政の原理」芝池ほか編・前掲注 20) 18 頁, 21 頁。

あると言うためのルートは、大きく二つある。すなわち、第一に、当該給付行政も、実は侵害作用を有するというルートである。第二に、「法律の留保」は侵害行政以外の（一定の）行政分野にも必要であり、当該給付行政がその（一定の）行政分野に含まれるというルートである。

「自由意識の喪失」概念は、まず、その個別的作用によって、第一のルートの開拓に貢献する。すなわち、補助金交付行政の侵害的性格については、先に見た如く、既にフリアウフやヘンゼラーの指摘するところであった²⁷⁵⁾。また、中原茂樹氏は、補助金の交付に法律の根拠が必要かどうかについて、「誘導手法は、国家が私人の行動を一定の方向に制御する目的をもって行政作用を及ぼすものであり、機能の点で、直接的な規制（命令・強制）と共通していることからすると、誘導目的およびそのための手段の少なくとも基本的部分は、法律で定めるべきであると考えられる」とする²⁷⁶⁾。こうした侵害的性格を強化するものとして、「自由意識の喪失」概念は機能しよう。そして、それは、補助金交付行政に限らず、給付行政一般に及ぶものである。

第二のルートについて、ドイツにおける学説に目をやると、補助金交付行政について、①侵害作用の有無に関わらず法律の根拠が必要であるとする説と、②全部留保理論に依拠しつつ、予算をもって伝統的な法律の根拠に代える説（予算留保理論）を見出すことができる²⁷⁷⁾。

①は、さらに二つに分かれる。すなわち、第一に、「国家は、法律によって認められた公益目的を追及する場合を除いては、私人に贈与すべき何物も有しない」という原則に立って、補助金交付行政に法律の根拠を要請するイプセンの見解である²⁷⁸⁾。第二に、補助

金交付行政の機能的特質に着眼して、法律の根拠を要求するシュテルンの見解である²⁷⁹⁾。シュテルンは、経済政策的万能権力を行政権に与えることは憲法に反するとする。また、平等・恣意の禁止等の法治国的要請と合法律性の要請は、制限的抑止効しか有さず、禁止的抑止効を有さないとして不十分だとし、権限規範ないし予算的抑止策でも制御し切れるものではないとする²⁸⁰⁾。

「自由意識の喪失」は、このうちの①に、さらなる論拠を追加するものである。すなわち、「自由意識の喪失」は、「当該受益者を越えて、広くは民主主義を骨抜きにし、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造するもの」である。こうした全体的作用の重大さ故に、侵害的性格の有無に関わらず、その具体性はさておき、「法律の留保」は要されるべきであろう。もっとも、それによる「法律の留保」概念の希釈化には、注意を要する。

「法律の留保」を要求するとして、法律には何が書かれるべきか。そこで重視されるべきは、目的であろうと思われる。すなわち、国家が真に善良な意図で給付をする場面であるなら問題はないかも知れないが、ときには、国家が自己の都合の良ように私人を「洗脳」する目的をもって給付をすることもあろう。しかも、国家がそうではないフリをするかもしれない。そうすると、法律による目的の留保は、そうした「洗脳」目的を完全に排除することはできない。しかし、一定の抑止効果はあるように思われる。それにより、政治的監視も強化され得るであろう。

この点につき、駒村圭吾氏は、文化助成について、「芸術文化助成に国家の様々な思惑が混入する可能性があることにかんがみれば、助成目的を解明することには意味があるう」としている²⁸¹⁾。あるいは、中原茂樹氏

275) 本稿 I 2 (2) d 参照。

276) 中原・前掲注 20) 203 頁。

277) 塩野・前掲注 4) 88 頁。

278) 塩野・前掲注 4) 85 頁。

279) 塩野・前掲注 4) 86 頁。

280) 塩野・前掲注 4) 86 頁。

281) 駒村・前掲注 211) 173 頁。

は、誘導行政につき、行政作用の目的を①行政作用の直接の名宛人にどのような行為をなさしめるかという、いわばミクロの目的（直接目的）と、②それぞれの名宛人の行為およびその影響を受けた人々の行為の総体によって、どのような結果を生ぜしめるかという、いわばマクロの目的（終局目的）に分けた上で、行政上の誘導の法的コントロールにおいては、終局目的が法律によって明らかにされることが重要な意味を持つとする²⁸²⁾。

こうして、給付行政にも「法律の留保」を要求することにより、本来であれば期待し難い事後的統制を強化することができる。すなわち、住民訴訟で「自由意識の喪失」概念が機能することが想定し難いのは、その立証の困難にあった。しかし、「自由意識の喪失」の真をもって「法律の留保」が必要であるとすれば、法律に基づいていない給付がなされればそれはそれだけで違法であるから、「自由意識の喪失」を立証する必要はない。こうして、立証の困難を回避する形で、「自由意識の喪失」は事後的に統制され得ることになる。

このように、「法律の留保」による統制は、本稿の統制方針と整合的である。

(4) 「切断」

第三に、「切断」である。これは、文化助成で検討した蟻川恒正氏の議論を応用しようとするものである。すなわち、文化助成で語られていた問題は、「自由意識の喪失」という統一概念の下に、給付行政一般への応用可能性を持つ。そうであるとすれば、文化助成の領域において有力視されている「切断」論を、他の分野にも応用できないか。

蟻川恒正氏は、国家による文化助成プログラムを①国家における「基本方針」の策定と②審査機関における「基本方針」の「解釈」に分け、②を「文化専門職」に委ね、国家はその判断を動かすことはできないようにするべきだと説いた。

これを、例えば補助金交付行政に応用する

とどうなるか。単純に引き直すと、次のようになる。すなわち、国家による補助金交付プログラムを①国家における「基本方針」の策定と②審査機関における「基本方針」の「解釈」に分け、②を「経済専門職」に委ね、国家はその判断を動かすことはできないようにすべき、である。

さて、では、経済分野においても、このように単純に引き直すことが許されるであろうか。補助金交付決定については、伝統的に行政裁量がかなり広い。すなわち、「明白に根拠法規が存在する場合でも、授權する法律の文言においてかなり区々であり、さらに内容的規律の度合は、なおさら不統一である。多くの場合において、交付主体である中央行政官庁の裁量に認められる余地が多いように読めるのが特徴的である」²⁸³⁾。あるいは、行政の各分野にわたり、かつ多額に上り、「具体的な法律の根拠を有せず、予算措置だけで交付される補助金が存在している」²⁸⁴⁾。

こうした裁量の広さは、補助金交付決定に当たっては立法府には詰め切れない専門的・政策的判断を要することから必要とされ、基本的には受益的処分であることから許容されてきたのであろう。しかし、その許容性は疑わしく、そして、立法府の能力的限界だけが必要性を基礎づけるのであるなら、それを行政府に委ねる必然性はなかろう。すなわち、「切断」はされてもよく、されるべきである。特に、議会の多数派と行政府の癒着ないし一体化の顕著な我が国の議会制民主主義においては、「切断」の必要性はより高いように思われる。

「切断」の経済分野への導入は、決して奇異なものではない。既に世界中で前例のあるところである。中央銀行、我が国で言う日本銀行がそれに当たる。すなわち、「基本方針」については、日本銀行法という形で国会により示されている。そして、その「解釈」は、日本銀行の独立性に大きく委ねられている。その独立性は、その合憲性に疑義が生じるほ

282) 中原茂樹「行政上の誘導」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』203頁、215-216頁（有斐閣、2008）。

283) 塩野・前掲注4)72頁。

284) 塩野・前掲注4)72頁。

ど、かなり強度に担保されており、ごく限られた人事・予算等によるコントロールしか存在しない²⁸⁵⁾。

ただし、日本銀行の一般理論上の行政主体性の有無については、必ずしも明らかではない。もっとも、「日本銀行は、今日もなお、日本銀行条例下での『公法人』とはされなかったという意味での『私法人』としての地位を継承しており、今日の行政組織法一般理論という行政主体性を欠くものである」とされる²⁸⁶⁾。

いずれにせよ、こうした高度の独立性をもつ非行政主体に、我が国の金融政策は委ねられているのである。金融政策が国民生活に及ぼす影響の重大性に鑑みれば、これは特殊な事態であると言わざるを得ない。では、なぜ、このような独立性が認められるに至ったのか。その根拠は、「歴史」と「理論」の両面に求めることが可能である。

第一に、「歴史」として、「2度にわたる世界大戦中・戦後のハイパーインフレーション等の経験に鑑み、そうした悲惨な経験を再現させないことをその根拠の1つとしている」と言われる²⁸⁷⁾。すなわち、「こうしたハイパーインフレーションは、戦時中あるいは戦後に、中央銀行が政府の債務を負担したことが原因となっており、今日では、中央銀行に独立性を付与し、財政目的でインフレ的な経済運営を求める政府などの圧力を排除する仕組みをとるのが先進国では一般的である」²⁸⁸⁾。

第二に、「理論」として、「政府がインフレ・バイアスを持つ」という経済理論が根拠となる。すなわち、「インフレ・バイアスを抑制するための工夫として、政策当局のなかで中央銀行に物価安定という目的を割り当

て、他の政策当局から独立させる、という制度の有効性が明示的に議論されるようになった」²⁸⁹⁾。

本稿で縷々見てきたことからすれば、補助金交付行政についても、同様に「歴史」と「理論」から、独立の必要性を説くことは可能であろう。すなわち、日本銀行の縮小版として、「経済専門職」を構想してもよいように思われる。あるいは租税優遇措置について言うなら、現状ある税制調査会について、その独立性と、その決定の対政府拘束力を強めることが考えられる。こうして、国家による「洗脳」は、その手段が失われるであろう。

しかし、こうして、「経済専門職」に多大なる権限を与えることは、日本銀行について言われるように、今度は「経済専門職」に対する統制の必要性を増さしめる。すなわち、「経済専門職」の意思決定プロセスの透明性、説明責任の強度等が担保されなければ、新たな問題を生起することになる点に注意を要する。

2 再定位

(1) 本稿の成果

本稿は、ますます拡大する給付行政の適切な規律を構想するに当たり、そのもたらす不利益をより深く把握するため、「自由意識の喪失」という新しい法的概念の採用を提唱するものである。

本稿が辿り着いたのは、暫定的なものに過ぎないが、「自由意識の喪失」概念の、次のような定式化である。すなわち、定式ivによれば、「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性によ

285) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会「公法的観点からみた日本銀行の組織の法的性格と運営のあり方」(<http://www.imes.boj.or.jp/japanese/kinyu/2000/kk19-3-1.pdf>, 2011年3月1日最終閲覧) 23-25頁(日本銀行金融研究所, 2000) 参照。

286) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会・前掲注 285) 22頁。もっとも、同頁によれば、「日本銀行条例下において大藏卿が創立委員を任命していることや、1942年改組の際に主務大臣による改組委員の任命(旧日本銀行法附則52条)等、特殊法人の設立と同じ方法がとられていることは、日本銀行の公共性の高さに関する国家的関心の強さを示すものであり、行政組織法一般理論上の非行政主体とはいえ、通常の『私法人』と同様には捉えられない」との指摘もある。

287) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会・前掲注 285) 28頁。

288) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会・前掲注 285) 28頁。

289) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会・前掲注 285) 28-29頁。

り、③人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて、広くは民主主義を骨抜きにし、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造するものである。

これは、補助金交付行政、租税優遇措置、文化助成、情報提供の、それぞれの分野において若干形を変えながら、しかし同様に生じ得る「自由意識の喪失」を、体系的に把握するために定式化されたものである。そして、この概念は、法的概念としての認識可能性を持ち、その発生が基本権上の要回避性を持つものである。

本稿は、これを受けて、部分的・導入的ではあるが、「自由意識の喪失」概念の導入による給付行政の法的統制の新たな展開可能性についても概観した。すなわち、第一に目的確定理論、第二に「法律の留保」、第三に「切斷」である。もっとも、まだ実践に値しない荒削りのものばかりであり、その精緻化は今後の課題としたい。

本稿が示そうとしたのは、第一に、こうした「自由意識の喪失」の法的問題としての重要性であり、第二に、給付行政における諸問題の「自由意識の喪失」概念の下における体系的把握の可能性であり、第三に、それを受けた給付行政の法的統制論の新たな展開の可能性であった。

(2) 人間の「弱さ」

ここでは、最後に、より広い視野に立ち、「自由意識の喪失」を公法学の中に再定位してみたい。

公法学は、その誕生のときから、国家と私人との間の「適切な距離関係」を模索してきたと言ってよい。あるときは国家を敵視して私人からできるだけ遠ざけようとし、あると

きは国家に助けを求めてその積極性を引き出そうとし、歴史は、その間を振り子のように行ったり来たりしてきた。それは、国家像をめぐる争いであり、あるいはその裏返しとして、人間像をめぐる争いであつたとも言えるであろう。すなわち、国家は人間のためであるものであるから、国家の理想像は、どのように人間を理解するかに依存するように思われるのである²⁹⁰。

そもそも、国家と人間は対置されるものであるのか。本稿は、基本的に両者を峻別し、国家なる確固たる存在を想定して、それと私人とを対置させた。しかし、国家とは何なのか。つまるところその都度の多数派を意味するとすれば、問題は、どこまで行っても人間対人間である。しかし、我々は、無意識のうちに、人間の集合体ということ以上のものをそこに認め、そこにある種神秘的な正統性を込めてはいないか。「レヴァイアサン」にせよ「乳牛」にせよ、その存在は、何に立脚しているのか。国家という「のっぺらぼう」の正体は、いったい何であるのか。本稿は、残念ながら、この点について立ち入るものではなかった。

一応、国家と人間が対置するものであるとしよう。この人間について、それは強く理性的な存在であり、放っておいても合理的に行動するという「人間像」を前提にするなら、私人の自由領域は出来るだけ広い方がよく、国家は出来るだけ「小さい」方がよい。それに対し、人間は弱く情緒的な存在であり、放っておくと自ら墮落してしまうという「人間像」を前提にするなら、国家による指導は一定程度必要であり、その分だけ国家は「大きく」なることが要請される。しかし、国家は必ずしも正しくない。ときには誤りを犯し、それどころか悪意をもって人間を破滅に導くこともある。そうすると、国家は大きく過ぎていけない。本稿は、こうした国家と人間との「適切な距離関係」を考察するにあたっての考慮事項として、「自由意識の喪失」を追加しようとしたものである。

290) 憲法とその措定する人間像の変容について、佐藤幸治・前掲注97)12-13頁。

それだけに留まらない。事態は、複雑である。国家が人間を指導するとして、その指導はどちらを向いているべきか。国家は、人間のためにある。人間のためというのは、人間の幸福のためということである。では、人間の幸福とは何か。たとえ「自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識」を喪失し、国家にその全てを委ねていたとしても、経済的に豊かであれば、それは幸福であるのか。そこに人格の自律性は不要なのか。

ここで、「自由意識の喪失」という概念により捕捉されるべき問題は、本稿が確認してきたように、大きく二つに分かれる。

第一に、短期的に国民の幸福をもたらす給付行政作用でも、「自由意識の喪失」を強く伴うものであれば、長期的には失敗するということである。すなわち、全体的作用の問題である。

確かに、給付行政の必要性・有用性を否定することはできない。給付行政は、何よりもまず私人の貧困を是正し得る。あるいは私人の行動を一定の望ましい方向に誘導することで社会全体を豊かにし得る。さらに、「資本主義のもとで言論市場が一定の私的権力によって独占される危険性がある場合に、国家は、そうした環境にあつては容易に登場しそうにはない私人の表現行為に財政援助をなすことで、言論市場をより豊かなものにするによって、民主主義や個人の自律といった価値に貢献することができる」²⁹¹⁾。

しかし、同時に国家は、失敗するものである。この失敗を是正するのが、民主主義である。この民主主義の前提にあるのが、国家の構成員の自律的判断である。国民が国家に「洗脳」されていたら、国家の失敗を是正することは困難である。しかし、給付行政は、「自由意識の喪失」をもたらすものであり、国民の「洗脳」にも使われ得る。そして、肥大化した国家は、この「洗脳」の手段を、既に手にしてしまったのである。

第二に、国家の失敗の如何に関わりなく、「自由意識の喪失」は私人から人格の自律性を剥奪し、それ自体が、たとえ見た目に豊かであっても、人間の幸福を阻害するという問題である。すなわち、個別的作用の問題である。それは、確かに、實際上個別的には把握され難い。しかし、そうした問題が個々の人間の基本権上の問題として生じ得ることを見逃すべきではあるまい。

20世紀における社会国家化は、こうした問題を浮き彫りにした。すなわち、「社会国家の追求は、国家の巨大化・硬直化を内包する“管理化国家”ともいうべき事態を惹起する危険を随伴して」おり²⁹²⁾、こうした「管理化国家」の下で、私人は「自由意識」を喪失し、表面的な豊かさの中に埋没してしまう。

佐藤幸治氏は、この点について、次のように言う。すなわち、「社会主義国家にあつては、個人の自由の保障のあり方に大きな問題があることが次第に知られるようになり、ソ連邦の解体は、従来秘密のヴェールに包まれていた現実の姿を白日の下に晒した。立憲主義諸国にあつても、社会国家の進展に伴う官僚主義的国家化ないし管理化国家的傾向に悩まされ、個人の自律的“生”(autonomous life)の確保が大きな課題となってきた。今日『人格的自律権』ないし『自己決定権』ということが力説されるようになってきているのも、このことと無関係ではない」²⁹³⁾。

本稿が正面から捉えようとしたのは、まさにこの点にある。人間は、人格的存在である。人格的存在は、人格の発展にこそ意義を持つ。人格の発展は、自律をその前提とする。自律は、「自由意識」をその前提とする。そうすると、人間からこの「自由意識」を奪うことは、その存在意義を奪うことに等しいのではないか。それによって如何に豊かで平穩であっても、如何に一見して「幸福」であっても、それは見せ掛けに過ぎないのではないか。国家は、必要である。しかし、「自由意

291) 阪口・前掲注 200)33 頁。

292) 佐藤幸治・前掲注 97)9 頁。

293) 佐藤幸治・前掲注 97)387 頁。

識の喪失」をもたらさないように、何らかの規律が必要なのではないか²⁹⁴⁾。

人間は、弱いものである²⁹⁵⁾。人間は、思うより簡単にその「自由意識」を失ってしまうものである。そうした人間の「弱さ」を前提にして、国家と私人との「適切な距離関係」を構想していくべきであろうと思う²⁹⁶⁾。

※ 本稿は、本稿筆者が法科大学院3年次に選択科目として履修し、2010年12月に提出した同名の研究論文に、若干の加筆修正を施したものである。

どこへ行くとも分からぬ私の立論を温かく導いてくださった指導教員の山本隆司先生、金銭的なご支援をくださった財団法人末延財団、そしてまた、行き詰った私の議論にいつも付き合ってくれた学友の北永久氏に、この場を借りて厚く御礼申し上げたい。

ありがとうございました。

(にしがみ・おさむ)

294) 蟻川・前掲注202)94頁も、「政府が『囚われの聴衆(captive audience)』に向けて言論を発する場合」及び「政府が自らの存在を伏して、すなわち『腹話術師(ventriloquist)』として、言論を発する場合」には、「情報の送り手である政府によって言論市場に不公正な影響力が行使されているため、政府情報の受け手は、言論の自由市場が本来提供すべき環境的条件とは異った条件のもとで当該情報の性質・内容を評価せざるを得ず、情報を受領する上での真正な自己決定を阻害されている。ゆえに、かかる仕方による政府の表現活動に対しては、言論の自由市場を正常に機能させる前提を確保する見地から、憲法上の規制を及ぼす必要がある」とする。

295) 佐藤幸治・前掲注144)84頁は、ドゥオーキンが人間をもって、①それぞれいかに生きべきかについて聡明に判断し行為できる存在と捉えつつ、他方で、②苦しみや挫折感をもつ弱き存在として捉えていることにも重要な意味を認めなければならないとし、現実の具体的な人間の生活のあり方に則して憲法を理解しようとするならば、この二つの面を絶えず視野に入れて考えなければならないのではないかと、とする。

296) 個人の自己決定を、その前提まで含めて保障しようとする本稿の立場は、その限りで「強い個人」像を前提にしている。しかし、「強い個人」像は理論的な前提であるとしても、相当にフィクショナルなものである。この点につき、樋口陽一『国法学 人権原論(補訂)』68-69頁(有斐閣,2007)は、弱者が弱者のままではなく、『自由』が弱者の側の願望だということを前提として、「強者であろうとする弱者」という擬制のうえにはじめて、「人」権主体は成り立つとする。本稿は、「強い個人」像を理論的な前提としながら、しかしそのフィクション性を承認した上で(人間の「弱さ」)、国家に弱者が強者たらしめる過程を妨害してはならないという行為規範を課すことで、承認したフィクション性の減殺を図ろうとするものである。