HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	最終講義　独占禁止法と憲法
Author(s)	厚谷, 襄兒
Citation	北大法学論集, 49(6), 1-23
Issue Date	1999-03-17
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15802
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(6)_p1-23.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

最終講義　独占禁止法と憲法

厚谷襄児

はじめに
一　実質的証拠の原則
二　二審制
三　組織―公正取引委員会
四　「営業の自由」論争
五　独占禁止法の理念とその運用の組織・手続のあり方
おわりに

はじめに

本日、私の最終講義に多くの方々にご来席頂き有難く厚く御礼申し上げます。私は、本年三月に停年を迎えます。その際に最終講義を行わなければならないと思い、そのテーマを考えてきました。

昨九七年七月、独占禁止法制定五〇周年を迎えました。本学部の創設とほぼ同時期であります。私は、公正取引委員会事務局に三二年間勤務し、独占禁止法の運用に携わってきましたので、「独占禁止法五〇年」という題で最終講義をするかとも思いましたが、そうしますと、内容が私の思い出を綴ったものとなり、講義に相応しくないと思い、これを止めました。また、独占禁止法固有の課題ですと、お出でいただいた方々に関心をもっていただけないのではないかとおそれました。そこで、「独占禁止法と憲法」という題でお話をすることにしました。本来なら「憲法と独占禁止法」という題名になるところでありましょうが、私の専攻が独占禁止法ですので、「独占禁止法と憲法」としました。

このテーマを選んだのは、独占禁止法をめぐって多くの憲法論議が行われてきたからです。実質的証拠の原則が認められているので、公正取引委員会の審決は行政機関による終審裁判ではないか(1)。独占禁止法違反事件の第一審が東京高裁であるということは二審制であり、法の下の平等に反しないか(2)。不当な取引制限の成立要件である「競争の実質的制限」が抽象的で罪刑法定主義に反するのでないか(3)。価格カルテルに課する課徴金と刑事罰が二重の処罰に当たるのではないか(4)。不公正な取引方法を公正取引委員会が指定するのですが、その指定できる範囲が委任立法としては広すぎるのではないか(5)。さらに、公正取引委員会が内閣から独立しているのは違憲ではないか(6)などという問題です。

一つの法律で、これだけ憲法違反論が続出した法律はほかにないでしょう。しかも、違憲であるか否かが問擬された問題は、いずれも独占禁止法特有のものです。仮に、これらがいずれも違憲であるなら、独占禁止法は欠陥商品であり

ます。そこで、この製造物責任を誰が負うのかということになりますと、独占禁止法は、第二次大戦後の連合国による経済民主化政策の一環として導入されたのですから、連合国の主導的地位にあったアメリカということになります。

独占禁止法は、一九四七年三月三一日、最後の帝国議会において成立し、その年の七月二〇日に施行されました。憲法は、一九四六年一一月三日に成立し、翌四七年五月三日に施行されました。この憲法制定を主導したのもアメリカであります。そこで、独占禁止法に盛られた諸制度が憲法違反であるということになりますと、アメリカが日本に憲法の制定を求めながら、他方でそれに違反する独占禁止法の制定を強いたことになるのですから、アメリカは、異常であるということになります。果たしてそうであるのか、ということを考えて見たいと思います。

時間が限られておりますので、独占禁止法と憲法の全ての問題ではなく、お手元にお配りしておりますレジメに沿って、手続問題として「実質的証拠の原則」（一）と「二審制」（二）について述べ、次いで「組織――公正取引委員会」（三）についてお話し、さらに、独占禁止法と憲法との関係で忘れることのできない、主として一九七〇年代に行われた法学と経済史学との間の学際的論争である「営業の自由」論争の素材が独占禁止法の性格をめぐってでありましたので、この論争にも触れ（四）、その上でまとめとして、「独占禁止法の理念とその運用の組織・手続のあり方」（五）について述べることとします。

一　実質的証拠の原則

1　独占禁止法と憲法との関係で先ず問題とされたのは、「実質的証拠の原則」についてであります。(7) 独占禁止法八〇条一項には、公正取引委員会の審決の取消訴訟について、「公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的

な証拠があるときには、裁判所を拘束する」とあり、二項に「前項に規定する実質的な証拠の有無は、裁判所がこれを判断するものとする」と定められています。これが「実質的証拠の原則」（substantial evidence rule）といわれ、アメリカの行政手続から受容したものです。このような規定は、電波法九九条、鉱害等に係る土地利用の調整手続等に関する法律五二条に定められています。

他方、憲法は、行政機関による終審裁判を禁止しています（七六条二項）。これは、明治憲法の下で行政機関による終審裁判が認められていたので、そのようなことのないように、特に定められた規定であるといわれます(8)。この規定があるので、逆に終審としてではなく前審としてであるなら、行政機関による裁判が認められると解釈されています(9)。公正取引委員会の審決は、この前審としての裁判に当たるのですが、「実質的証拠の原則」により、行政機関による終審としての裁判を認めたこととなり、憲法違反ではないかという疑義が生ずるのです。

2　ですから、独占禁止法違反事件の公正取引委員会の審決に対する取消請求訴訟が提起されると、この点が争点となることは予想されたことといえます。

一九五六年一一月九日の東京高裁判決(10)は、独占禁止法八〇条の規定は、「公正取引委員会の事実認定に対する裁判所の審査の範囲を事実を立証する実質的な証拠の有無に限定し、公正取引委員会の引用する証拠自体が実験則に反する等の理由によりこれを信ずることが合理的でないと判断される場合、あるいは原告らの引用する反証と対照してその信憑力が阻却される場合の外は、公正取引委員会の証拠の信憑力に対する判断は裁判所を拘束する」のであり、そうでないときは、裁判所は審決を違法であるとして取り消すことができるのであるから、何ら憲法七六条二項に違反するものではない、と判示しています。

3　それでは、学説はどうでしょう。行政機関の事実認定が裁判所を無条件に拘束するのであるならば、司法権はすべ

て裁判所に属するという憲法の趣旨に反するので違憲となりますが、独占禁止法の規定は、無条件に裁判所を拘束するのではなく、「これを立証する実質的な証拠があるとき」（八〇条一項）に限って拘束し、しかも、裁判所が実質的な証拠の有無を判断すると定めているので違憲ではない、と解されています。[11]

4　一九七五年七月一〇日の最高裁判決[12]によりますと、「実質的証拠の原則」の下では、「裁判所は、審決の事実認定については、独自の立場で新たに認定をやり直すのではなく、審判で調べられた証拠から当該事実を認定することが合理的であるかどうかの点のみを審査する」のである、と判示しています。ところで、独占禁止法に関する訴訟の第一審は東京高裁ですが、そこでの審決に対する審査は、公正取引委員会の事実認定に相当踏み込んでいるのです。公正取引委員会から送付された事件記録により事実を再構築した上で、公正取引委員会の事実認定の当否を判断してきているのです。[13]これでは事実審と同じであり、むしろ、裁判所の審査が実質的証拠の原則に反しているのではないか、という疑問が投げかけられたこともありました。[14]これに対して、むしろ、裁判所が公正取引委員会の審決の事実認定に踏み込んで審査していることを是認する見解があります。[15]

公正取引委員会の事実認定に対する裁判所の信頼が薄いといえます。また、違憲でないという根拠づけが、裁判所が実質的証拠の有無を判断できるというだけでは不十分であるという見解も有力です。[16]公正取引委員会の組織と審判手続が実質的証拠の原則に相応しいように整備されていなければならないのです。

そこで、公正取引委員会の組織についてみると、委員長、委員の資格は、年齢三五歳以上で、法律または経済の学識経験者であり、委員長、委員の職権行使の独立性が保障され（二八条）、任期を五年とし、身分保障が定められているのです。また、手続についても処分の公正を期するために、処分の相手方（被審人）に防禦の機会を与える審判手続において、被審人への告知（五〇条）、三面的対審構造の採用（五三条の三）、被審人の防禦権（五二条）、審判手続の公

開（五三条）、弁護人の選任の権利（五一条の二）、事実認定は、審判手続において取り調べた証拠によってなされなければならない（五四条の三）と定めています。これらの規定は、「実質的証拠の原則」に対応しているといえると思います。

園部逸夫最高裁判事は、「わが国における実質的証拠の原則の合憲性は、裁判所が従来どおり、司法審査の範囲を拡大する方向で、公取委の審決に対処するか、さもなくば、公取委の審判の組織と手続を、司法手続化へ向けて整備充実させるかのいずれかによって維持されて行くものと考えてよいであろう」と述べています。(17)

近年、審判手続の公正性を問題とした判決が出ました。ある違反事件の審決に関与した委員がその事件の勧告当時事務局の審査部長であったので、その委員が審決の決定に関与したことは、その事件についてバイアスがあり、審決が違法であるという東京高裁判決です。この判決も、実質的証拠の原則を前提にしての審判手続の不十分さを示唆するものと受け止めることができます。(18)

私は、「実質的証拠の原則」の本来のあり方からするなら、公正取引委員会の審決に対する裁判所の審査の範囲が現状より狭まることが望ましく、これには公正取引委員会の審判手続への裁判所の信頼が前提であり、そのためには、公正取引委員会の審判手続を整備・充実することが重要であると思っています。

5　この点でさらに二点について指摘したいと思います。

第一に、「行政の司法化」という今日的課題からの実質的証拠の原則のあり方ということです。現在、行政委員会の審判手続において最も整備されているのは、公正取引委員会の審判手続です。その手続に対しても、裁判所が信頼を置いていないとしたら、他の行政委員会の手続への信頼も欠くことになります。これでは、他の行政委員会の決定の司法審査に実質的証拠の原則を導入することができないでしょう。わが国では、行政手続の公正性の確保のための「行政の

司法化」という課題からも、公正取引委員会の審判手続の適正性を確保することが重要なのです。

次に、行政と司法の機能の分担ということです。アメリカでは、「実質的証拠の原則」は、判例により採用されたのです。それは、一八八七年、鉄道問題に対処して制定された州際通商法により設立された、州際通商委員会（ＩＣＣ）手続について、一九一二年 ICC v. Union Pacific Railroad Co. 事件判決（222U.S.541,547(1912)で「裁判所は、〔ＩＣＣの〕命令を維持するための実質的証拠があるか否かを決する以上に事実を検討しない」という原則を打ち立てたのです。この原則は、一九一四年の連邦取引委員会法五条（Ｃ）に[The findings as to the fact if supported by evidence, shall be conclusive]として取り入れられ、さらに、ニュー・ディール立法により設立された各行政委員会の手続に、また、一九四六年連邦行政手続法に取り入れられました。

裁判所が判例において「実質的証拠の原則」を認めたということは、事実問題は専門的行政委員会に委ね、法律問題は司法が担当するというように行政と司法との機能・役割の分担を明確するとともにその協働関係を示すものです。これにより、司法の負担を軽減し、事件を効率的に処理できるのです。私は、わが国でもこの視点が重要であると考えますが、行政（公正取引委員会）も司法もこの点の認識に欠けていると思います。

二　二　審　制

1　実質的証拠の原則と関連するのですが、独占禁止法八五条によりますと、公正取引委員会の審決取消請求訴訟、独占禁止法二五条による無過失損害賠償請求訴訟および独占禁止法違反刑事訴訟の第一審裁判権は、東京高裁に属しています。ですから、二審制なのです。東京高裁は、これらの事件のみを取り扱う裁判官の合議体を設けることとなってお

り（八七条一項）、その裁判官の員数は五名です。これを特別部といい、東京高裁長官が加わることがあります。この二審制が憲法一四条の法の下の平等、あるいは三二条の法定手続の保障、三二条の裁判を受ける権利に違反するのではないかというのです。

二審制は、独占禁止法のみの問題ではなく、他の法律にも二審制のものがあります。最高裁は、一九八四年二月二四日の石油価格協定刑事事件判決[19]で、裁判権および審級制度は、立法政策の問題であり、憲法八一条の要請、つまり最高裁の違憲審査制に適合する限り、法律の適当に定めるところに一任したものと解すべきことは、当裁判所の判例の繰り返し判示するところである、としています。ただ、特別の裁判権および審級制度に関する定めは、それなりの合理的な理由が必要とされるのです。

2　独占禁止法の二審制についての判決をみますと、独占禁止法二五条の無過失損害賠償訴訟について、石油価格協定損害賠償請求訴訟事件の東京高裁判決の判旨は、次のとおりです[20]。

独占禁止法二五条に基づく無過失損害賠償請求訴訟の第一審の裁判権を東京高裁に属することとしたのは、この訴訟が公正取引委員会の審決の確定を前提とするものであり、その訴訟の特殊性による専門的かつ統一的判断の必要性に鑑み、これを一つの裁判所に集中して審理判断せしめることとするとともに、被害者からの損害賠償請求が理由があるときは、迅速に最終的救済を与え得るようにすることにより、事業者による独占禁止法違反行為の禁あつをも図ろうとする趣旨に出たものと解せられ、しかも右要請に応えるために、独占禁止法八七条は、東京高裁に同法八五条および八六条に掲げる事件のみを取り扱う裁判官の合議体を設け、その合議体の裁判官の員数を五人とすることを定めているのであるから、憲法一四条一項に違反するものではない。

3　この点で特に問題となるのは、刑事事件についてです。というのは、公正取引委員会の審決取消請求訴訟と異なり、

刑事事件の第一審である東京高裁で事実認定を要するからです。一九八四年二月二四日の石油価格協定刑事事件最高裁判決で次のように判示しています。[21]

独占禁止法八九条から九一条までの罪については、これらの対象とする行為がわが国の経済の基本に関するきわめて重要なものであって、これに対する判断が区々に分かれその法的決着が遅延することは好ましくない等の特殊な事情があることなどに照らすと、独占禁止法が、右各罪に係る訴訟につき、その第一審の裁判権を東京高裁に専属させ裁判官五名をもって構成する合議体により審理させることとしていることは、それなりの合理性がないとはいえない。

刑事事件については、刑法の内乱罪が二審制です（裁判所法一六条四号）。これは事件が重大でしかも迅速に処理する必要があるからです。

4　ところで、最近、齋野彦弥教授（北大・刑法）が独占禁止法違反刑事事件が二審制であるのは憲法一四条の法の下の平等に反するという違憲論を主張されているのです。[22]研究室が隣の先生の主張でも、おいそれと受け容れるわけにはいきません。齋野教授の考えは、次のようです。

具体的な事件で申しますと、社会保険庁目隠しシール談合事件というのがありました。そこで、実際に談合に関与した者は、刑法上の談合罪に問われたのです。[23]この裁判が三審制でした。他方、法人である会社は独占禁止法違反とされたので、[24]二審制でした。しかも、齋野教授は、談合罪の法益が競争の維持にあるというのです。そこで、同じ競争維持を法益とする談合罪と独占禁止法違反とが、審級制を異にするのはおかしい。独占禁止法違反は内乱罪のように重要ではないというのです。これは、独占禁止法違反を通常の刑事手続により処理すべきであるということが含意されていると思います。

5　しかし、独占禁止法違反刑事事件は公正取引委員会の専属告発によるのです。そこでは公正取引委員会が事実問題

についてスクリーンに掛けています。これも事実問題は公正取引委員会、法律問題は司法という機能の分離の一環であると理解できるのです。ただ、刑事事件は、訴追権が検察官にあり、証拠法則が異なるので、東京高裁における事実認定を要するのです。さらに、独占禁止法関係の刑事訴訟を東京高裁の特別部に集中することにより、五名の裁判官により事実認定がなされるという重みがあります。これは基本的には、独占禁止法の解釈を統一し、事件処理の迅速化を図ることにより、法的安定性を確保しようとするものですが、その上独占禁止法違反事件の事実認定の難しさに対応しようというものであり、そこに二審制の合理性を見出すことができるのではないかと思っています。

三　組織――公正取引委員会

1　独占禁止法を運用する行政機関は公正取引委員会です。公正取引委員会は、独占禁止法の目的を達成するための国の行政機関であり、委員長および委員四名をもって構成する合議体の行政機関であります。「行政委員会」あるいは「独立規制委員会」（independent regulatory commission）といいます。国の行政組織の基本を定めた国家行政組織法三条二項に定める「委員会」です。通常「三条委員会」といわれます。そのほかに「八条委員会」といわれる委員会があります。それは、国家行政組織法八条によるもので、審議会と同様の合議制の機関です。「証券取引等監視委員会」がこれです。三条委員会は、府または省の外局としておかれます。公正取引委員会は、総理府の外局として、内閣総理大臣の「所轄」のもとにあります。

2　公正取引委員会と憲法をめぐる論点は二つあります。その一は、行政委員会が憲法違反であるかということです。次に、公正取引委員会が憲法違反かという問題です。

行政委員会制度は、第二次大戦後、占領軍がわが国の行政機構を民主化する一環として、政党的圧力からの中立性の確保と伝統的官僚機構の民主的再編という課題をになって、人事院、公正取引委員会、証券取引委員会、統計委員会、公安委員会、労働委員会など多くの行政分野に導入されました。(25)

行政委員会をめぐる憲法論議は、内閣と行政委員会をめぐるものであり、行政委員会の権限行使の独立性が、行政権が内閣に属し、内閣は、行政各部を指揮監督するという憲法上の原則（六五条、七二条）に反しないかということです。いずれも違憲ではないということで概ね一致していたといえますが、その説明に差がありました。(26)

一つのアプローチは、憲法四一条、七六条に比べて、六五条は行政権を内閣に専属せしめるという厳格な限定的表現になっていないこと、あるいは、行政委員会は、内閣の「所轄」の下にあり（独占禁止法二七条二項）、内閣が委員の人事権と予算権を有し、これにより委員会は内閣の監督のもとにあり、そこに行政権たる内閣の責任は負いうるというのです。

他のアプローチは、憲法四一条の国会中心主義の原理を定め、議院内閣制の下では、それを通じて行政委員会は国会のコントロールのもとにあります。また、国会がそれを直接にコントロールできるなら、憲法が容認するところであり、委員の任命の両議院の同意、委員罷免についての国会の訴追権（国家公務員法五条、八条一項二号、九条）が定められているというのです。

3　一九七七年に独占禁止法の強化改正がはじめて実現しました。衆議院は全会一致で通過しましたが、参議院では一部の反対がありました。当時参議院議員であった青木一男氏が、強力な公正取引委員会違憲論を展開しています。それは、『公正取引委員会違憲論その他の法律論集』という厚い書物にまとめられています。(27)その違憲論の要点は次のとおりです。

①「独禁法の施行運用は行政権であるから、……公正取引委員会は憲法上内閣の指揮監督を受けるべきであるのに、公正取引委員会の委員長及び委員は独立してその職権を行うという独禁法第二八条を根拠として、委員会はその職権の行使について内閣の指揮監督を受けない。これは憲法違反である」。

②「政府は、内閣が公正取引委員会の任命権と予算権を握っているから軽度ではあるが委員会に対し監督権を持っていると弁明する。しかし、憲法にいう内閣の指揮監督というのは下級行政機関の職務上の行為についての観念であるから、任命や予算についてどんな関係があろうとそれは別問題である」る。

③「公正取引委員会の権限は、他の行政部門に例を見ないほどに広範にして強大である。……改正案はその権限を更に強化し、産業構造規制にも及ぶものであった。……委員会の委員長・委員も神様ではない。内外の情勢の判断を誤り、独禁法運用上の処分が適切を欠き国益を害するような事件を起こした場合、責任はどうなるのか」。

4　公正取引委員会は、内閣から全く独立しているわけではありません。委員長、委員の任命権、予算編成権、独占禁止法関係の同案の提出権は、内閣にあります。また、国権の最高機関である国会からとの関係でも、国会への年次報告の提出が定められています。裁判所の関係でも法律問題の司法審査がなされるのです。三権からの関与が定められているのであり、このような点を全く無視しています。

また、青木氏の議論は、独占禁止法の性質、対象の特色を無視しており、したがって、公正取引委員会の機能・役割を一面的、つまり権限が大きいということしか強調していません。また、行政と司法との職務の協働とその機能の分担という視点からの認識があるなら、内閣からの独立ということは当然ということになりますが、この視点が全く欠けています。独占禁止法の対象となる事案の処理を内閣に委ねるということは、政治の介入を認めることです。例えば、合併事案を政治的に処理することが、国民が納得することとなるでしょうか。独占禁止法上最大の合併問題であった富士

製鉄・八幡製鉄の事案を内閣の下での独任制の行政機関が処理することが妥当であろうかということを考えますと、青木氏の主張は説得的であるといえないのです。

四　「営業の自由」論争

1　独占禁止法と憲法との関連を語るときに欠かすことのできない問題は、いわゆる「営業の自由」論争です。この論争のきっかけは、イギリス経済史専攻の岡田与好氏（元東大社研）が、一九六九年、東京大学社会科学研究所編『基本的人権』第五巻の「『営業の自由』と『独占』および『団結』」において問題提起したことにはじまります。(28) この論文は、広く法律学者の関心を呼び起こしました。岡田氏の問題提起は、次のようであります。

(1)営業の自由をもっぱら「国家からの自由」としてとらえようとするが、それは、「独占放任型の・形式的自由」であり、営業の自由には、「独占禁止型の・実質的自由で」ある「国家による自由」があり、これが本質的である。

(2)わが国では、営業の自由は、憲法二二条の職業選択の自由に含まれる解されており、それは「国家からの自由」とされている。しかし、営業の自由と職業選択の自由は、概念上峻別すべきものである。職業選択の自由は、基本的人権の一つとして構成しうるが、営業の自由は、その担い手として法人企業が圧倒的に重要性をもっている今日では人権としては構成できないものであって、それは、公共秩序（public policy）、具体的にいえば、資本主義的市場経済秩序のために、国家が人びとに対して保障する、いわゆる「制度的保障」である。

(3)今村成和先生（元北大・行政法・経済法）は、独占禁止法を憲法二二条の経済的基本権の制限として考え、経済的自由は「公共の福祉」の下においてのみ認められるものとしている。このため、経済的自由の制限自体を違憲とするこ

とができず、独占禁止法に規定する制限が違憲かどうかということになるのであるが、このような解釈は、根本的に誤っている。それは、①経済的自由と公共の福祉とがいわば敵対関係におかれ、営業の自由の保障こそが公共の福祉すなわち社会全体の利益であるという、経済的自由主義の本来の精神の理解が欠落しているし、②もし、憲法二二条の規定が職業選択の自由と同時に営業の自由をも保障したとみなすならば、独占禁止法が営業の自由の立法的具体化にほかならないことが看過しているし、③現在支配的な憲法二二条についての解釈に立つかぎり「問題は独占禁止法に規定するが如きが違憲かどうか」ではなく、逆に独占禁止法的制限の無視・軽視や無効化が違憲ではないかということにならなければならないからである。

2　今村先生は、「憲法的意味においての『経済的自由』は、第一義的には形式的自由であって、独占禁止法は、これを制限することによって、実質的に、『営業の自由』を確保しようとするものであり、その憲法的根拠が『公共の福祉』なのであり、「『経済的自由』と『公共の福祉』とが、敵対的あるいは対立的な関係にあることは、……憲法論としては常識に属することである」ので、「経済学者の議論としてはこれでよいかもしれないが、憲法論としては価値がない上に、これでは全く見当違いの議論となってしまう」と全く取り付くしまがありません[29]。

3　岡田氏の見解に最も肯定的なのは、樋口陽一教授（上智大・憲法）です。教授は、経済的「自由」の内容の歴史性を認識する必要があるといいます[30]。

(1)市民革命によって成立した国家権力が、初期独占、ギルドを解体し、自由放任主義の土俵を創設するために、「営業の自由」を諸個人に強制した。

(2)産業革命を経過して産業資本主義段階になると、「営業の自由」は、自由放任主義の土俵を前提とし、国家による攪乱を排除するための「国家からの自由」に転換する。この段階で、国家の不介入＝自由放任は、私的独占の自由を放

任する形式的自由である。ところが、それは必然的に独占の形成を許容し、かつ、事実上促進する。

(3)国家独占資本主義段階では、独占の形成自体が私的イニシャティヴのままに自由に放任されるのではなく、国家によって統制されることが必要となる。その実質は、国家の介入による「営業の自由」の回復である。その実体は、独占を統制することによる実質的自由の回復である。この役割を果たすのが独占禁止法である。

そこで、岡田氏の問題提起は、歴史認識として、「国家独占資本主義段階において法人を中心とした独占を放任するのではなく、それをを統制することにより実質的自由を回復する必要があり、その役割を果たすのが独占禁止法であるとの基本認識に立って、産業資本主義段階における「国家からの自由」という自由放任による独占の形成の許容を批判したところに問題の中心があると指摘し、その上で、次のように述べています。

①「私的独占の禁止及び公正取引の確保」をタイトルとするこの法律は、一条で「公正且つ自由な競争を促進」することを目的とするのですから、経済的自由の促進立法として、自己定義している。②ところが、この法律の強化が日程にのぼるたびに、政財界からは、憲法上の経済的自由の侵害になる、という形で反論がおこる。ここでも、独禁法の強化という結論への賛否が正反対だとしても、実は政財界の議論は、憲法学界の大方の議論と枠組みにおいて一致している。③というのは、大方の議論は、この法制を、もっぱらに自由制約立法としてとらえ、それゆえ、憲法二二条、二九条の経済的自由に対する社会国家的な、従って弱者保護的な性格をもつ規制一般のなかに解消してしまうものとなっている。④しかし、独占禁止法の自由促進立法としての自己定義には、「私」的独占を「公共」の見地から規制することによって得られる「自由」こそが、市場経済という意味での自由経済のむしろ本質的内容をなしているのではないか。

こう考えるならば、ことの実質を「自由とそれへの制限」という図式ではなく、「独占放任型の自由」と「独占禁止型の自由」の二つの「自由」の対抗として話を出発させてみることがあってもよいのではないか。

3　私は、この問題については、これ以上言及する能力も資格もありません。ただ、私がこのような「営業の自由」論争をどのように受け止めたか触れたいと思います。

第一に、この論争の最大の成果は、それまで、独占禁止法に見向きもしなかった法律学者が広く独占禁止法に対して関心をもたれたということです。広中俊雄先生（元東北大・民法）の『民法綱要第一巻』における独占禁止法を民法体系において「外郭秩序」とする位置付けもその一つであるといえましょう。(31) また、樋口教授が独占禁止法を国家による自由とされたのもその一つでしょう。

第二に、岡田氏と樋口教授は、独占禁止法を経済的な実質的自由を確保する法律であるとし、また、憲法論では今村先生と樋口先生とでは、独占禁止法の位置付けが異なっているにしても、今村先生も、独占禁止法が営業の実質的自由を確保する法律であるというのですから、この点では一致しているのです。(32)

ところで、アメリカの最高裁は、一九七二年の判決（US v. Topco Associates,Inc.(405U.S.596,610(1972)）で、「反トラスト法は、……自由企業のマグナカルタである。反トラスト法は、権利の章典が我々の基本的自由の保護にとって重要であると同様に、経済的自由と自由企業制度の維持に重要である」と判示しています。

一二一五年のマグナカルタは、中世立憲主義と身分的自由を謳ったものですが、そのマグナカルタという身分制自由の古い革袋に、自由企業を確保する反トラスト法という新しい酒が注がれたといえましょう。この判決は、反トラスト法が事業活動における実質的な自由の確保、維持のために不可欠であるとの認識では、わが国の独占禁止法についての認識と共有するものといえます。

五　独占禁止法の理念とその運用の組織・手続のあり方

1　独占禁止法と反トラスト法が経済活動の実質的自由を回復する法律であるということを確認し、その手続と組織のあり方を考えてみたいと思います。

アメリカでは南北戦争後において、鉄道・通信網が拡大し、全国市場が形成されるにしたがい従来の自由放任主義の弊害が各方面において顕著になってきました。石油、鉄鋼、タバコ、火薬、ウイスキー、砂糖など多くの産業において、独占的大企業が出現しました。鉄道は、高運賃、運賃プールによる独占運賃の維持、差別対価により農民を苦しめました。「鉄道問題」です。州の対応では不十分なので、連邦政府に鉄道の規制を求めるグレンジャー・ムーヴメント（Granger Movement）が起き、これに東部の中小商工業者も加わり、鉄道規制が要請されたのです。

ところで、連邦では立法府はこの問題に直接対応できません。また、私人の経済活動という私的領域に連邦が介入できるのは、司法府のみですが、事後救済を目的としている裁判所も、機能的に有効に対処することができなかったのです。大統領府は、国防、財政、司法を司るが、これは執行権（executive power）といわれ、私的領域に介入する権限ではありません。つまり、アメリカには、行政（administration）という観念がなかったのです。

このため、私人の経済活動という私的領域の規制に乗り出さざるを得なくなったときに、新しい考え方で介入することになりました。そこで一八八七年に制定された州際通商法を運用するために、初めて行政委員会である州際通商委員会が設立されたのです。

この行政委員会は、司法権優位の憲法上の原則から、適正手続の遵守が要請され、裁判所に類似した手続が求められたのです。告知と聴聞（notice and hearing）を本質とする行政手続です。規制される者の利益が不当に害されないよう

に、あらかじめ事前にその者の意見を十分に聴取した後に、裁決の形式をもって権限を発動するというのです。これが行政権なのです。

反トラスト法についていうなら、一九九〇年に制定されたシャーマン法は、裁判所が運用する刑事手続と民事手続によるという伝統的な手法です。一九一一年、最高裁は、スタンダード・オイル事件判決（Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.(221 U.S.1(1911)))およびアメリカン・タバコ事件判決（U.S. v. American Tobacco Co.(221 U.S.106(1911)))において、「合理の原則（rule of reason)」を導入しました。この原則によると、独占の意図のなく独占的地位を占めても反トラスト法上違法ではなく、裁判所の裁量が著しく広くなります。そのため、反トラスト法が無力化したり、あるいは法的安定性が維持できないことが懸念されたのです。そこで、一九一四年、クレイトン法と連邦取引委員会法が制定され、それにより行政委員会である連邦取引委員会が設立されました。

行政委員会は、立法機関、司法機関、大統領府のいずれもが手の届かない私的経済活動への連邦の介入の機関です。ですから、司法機関と行政機関との機能・役割分担という考えが生じるのです。

もちろん、行政委員会に対する批判もありました。頭のない第四権であるというのです。また、実質的証拠の原則については、裁判所は僅かな証拠で実質的証拠があるというのです。この点は、一九四六年の連邦行政手続法により改められました。そして、基本的には変わらずに今日に至っています。

2　日本は、第二次大戦後、アメリカの反トラスト法を継受しましたが、カルテル禁止、独占規制を内容とする独占禁止法それ自体が、経済活動、事業活動の実質的な自由を確保するための法律であるという認識に欠けていました。独占禁止法は、日本の経済を弱体化するためにアメリカから押しつけられた法律であるという理解が通用していたのです。

わが国では、立法、司法以外の国の活動が全て行政であり、それを担当するのが内閣であるという考えが確立してい

ました。そこに、多くの行政委員会制度の一つとして公正取引委員会が導入されたのです。既に確立されている行政権の領域に行政委員会が割り込んできたという状況です。それが内閣から独立しているというのですから、まさに異物が侵入してきたと思われたのでしょう。また、司法権からみても、事実認定と法の適用は司法権の専管というのに、行政機関の事実認定が拘束するというのですから、僭越きわまりないということになるのでしょう。しかし、市場における事業者の事業活動を規制するということは、法と経済との融合した分野ですから、その運用に専門的学識経験が求められ、その規制は事実の認定を基礎に行われるのです。としたら、単独制の行政庁より合議体の機関、つまり委員会制度による行政が必要となるのです。合議体の機関であるなら、それは独立した意思決定が求められます。内閣からの独立ということは、政治の影響を受けないということです。審判手続は、規制を受ける側の言い分を聞く手続です。その利益を守るために適正な手続が要請されます。それは、内閣から独立しているが故に確保できるのです。青木一男氏の見解は、この観点が欠けているのです。

さらに、私は、公正取引委員会と司法権との関係が重要であると思います。実質的証拠の原則のもとでの審決取消請求訴訟をはじめ、無過失損害賠償請求訴訟、刑事事件および緊急停止命令申立の管轄がいずれも東京高裁であり、二審制です。これらが「公正取引委員会中心主義」と呼ばれ、権限が公正取引委員会に集中しているというのが一般の理解です。私は、これらの制度はいずれも公正取引委員会と司法権との機能の分担を図っているものと考えています。つまり、複雑な事実問題の解明は公正取引委員会、法律問題はその専門である司法府と分担することにより、むしろ司法府の負担を軽減して、効率的に問題を処理しようとするものであると思うのです。ですから、「公正取引委員会中心主義」というのは適切な表現ではなく、「司法・行政協働・機能分担主義」とでもいうべきでしょう。公正取引委員会が「準司法機関」であるといわれるいわれがここにあり、また、公正取引委員会の内閣からの独立の実質的理由があると思い

ます。

このように見てくると、独占禁止法の運用を独立の行政委員会に委ね、司法と行政との機能・役割を分担するということは、十分に合理的なことといえるでしょう。アメリカが独占禁止法の実体規定と共にその運用を合議制の行政機関に委ね、その手続を通して事実認定を託したのは、当然のことであったと思うのです。

3　私は、このような考え方が、今日なお、独占禁止法以外の分野でも重要であると思っています。証券等監視委員会の設立の際に、それを国家行政組織法の「三条委員会」にするか、「八条委員会」にするかが論議され、公正取引委員会のような「三条委員会」は憲法違反の疑いがあるという意見がでて、それは「八条委員会」、つまり審議会並にされたのです。このような論議の仕方は、事の重要性を認識していません。重要なことは、行政の対象とする事態がどのような性質のものであるかであり、それに適応した行政機関、手続のあり方を論議すべきなのです。その意味で私が今日お話ししたことは、過去のことではないということをご理解頂きたかったのです。

おわりに

本日は憲法の先生もお出いただいています。その先生を前にして憲法の話をするということは、汗顔の至りであり、清水の舞台から飛び降りる思いでしたが、憲法の分野にほんの少し足を踏み入れることができました。おそらく、本学部に奉職することがなければ、他の法律分野に関心を持つことはなかったでしょうし、他の法律分野から独占禁止法を視野に入れるということもなかったでしょう。これこそ私が本学部において諸先生に親しくお話を伺いし、ご指導頂く機会があったからであり、諸先生に深く感謝しているところです。また、講義、ゼミを通じて大学院生、学部学生との

緊張した対話により独占禁止法についての関心を一層深めることができ、さらに、資料室の助手の皆さん、あるいは事務の方々から暖かいご協力頂きました。心からお礼を申し上げる次第です。

私が本学部に赴任して八年の歳月が流れようとしています。多くの先生にはあまり長くない期間でしょうが、私にとっては一のポストでは最長であります。その間、充実した日々を過すことができ、清々しい気持ちで本学部去ることができますことに満腔の謝意を表する次第です。

これで、私の拙い最終講義を終わります。ご静聴有り難うございました。

(1) 東京高裁一九五六（昭三一）・一一・九判決 公取委審決集（八）六五頁
(2) 損害賠償請求訴訟について、東京高裁一九八一（昭五六）・七・一七判決 公取委審決集（二八）別冊七〇頁。刑事裁判について、最高裁判決一九八四（昭五九）・二・二四判決 公取委審決集（三〇）二四九頁
(3) 最高裁一九八四（昭五九）・二・二四判決 公取委審決集（三〇）二五〇頁
(4) 東京高裁一九九三（平成五）・五・二一判決 公取委審決集（四〇）七四一頁、判時一四七四号三一頁
(5) 東京高裁一九七一（昭四六）・七・一七判決 公取委審決集（一八）一六七頁
(6) 青木一男・公正取引委員会違憲論その他の法律論集（一九七六 第一法規出版）三七頁
(7) (1) 注記事件
(8)、(9) 高見ほか・憲法Ⅱ［新版］（一九九七 有斐閣）二一〇頁
(10) (1) 注記事件
(11) 高見ほか・前掲書二一一頁
(12) 最高裁一九七五（昭五〇）・七・一〇判決 民集二九巻六号八八八頁、公取委審決集（二二）七三頁
(13) たとえば、東宝（株）による審決取消請求事件東京高裁判決（一九五一（昭二六）・九・一九判決）行集二巻九号一五六二頁

(14) 今村成和・私的独占禁止法の研究（一）（一九五六　有斐閣）二七八頁
(15) 原田尚彦・訴えの利益（一九七三　弘文堂）二〇四頁
(16) 原田尚彦・前掲書一九四頁
(17) 園部逸夫「実質的証拠の原則」（丹宗・厚谷編・新版『独占禁止法の基礎』（一九八三　青林書院新社）三六一頁）
(18) 東京高裁一九九四（平六）・二・二五判決　高民集四七巻一号一七頁、公取委審決集（四〇）五四一頁
(19) 最高裁一九八四（昭五九）・二・二四判決　刑集三八巻四号一二八七頁、公取委審決集（三〇）二四四頁
(20) 東京高裁一九八一（昭五六）・七・一七判決　公取委審決集（二八）別冊七〇頁
(21) (3) 注記事件
(22) 一九九七年一一月二一日、北海道大学刑事法研究会における齋野教授による報告「独占禁止法上の不当な取引制限の罪と刑法の談合罪について」における発言
(23) 東京地裁一九九三（平五）三・三〇判決　資料版商事法務一一九号一六九頁、同七・九判決　同一一九号一七五頁、
(24) 東京高裁一九九三（平五）・一二・一四判決　公取委審決集（四〇）七八三頁
(25) 当時設けられた行政委員会については、和田英夫・行政委員会と行政争訟制度（一九八五　弘文堂）九頁
(26) 和田・前掲書一一頁
(27) 青木・前掲書三七頁
(28) 岡田与好・独占と営業の自由―ひとつの論争的研究（一九七五　木鐸社）所収。さらに、同・経済的自由主義・資本主義と自由（一九八七　東京大学出版会）参照
(29) 今村成和・人権叢説（一九八〇　有斐閣）一五四頁
(30) 樋口陽一・何を読みとるか・憲法と歴史（一九九二、東京大学出版会）一三七頁
(31) 広中俊雄・民法綱要第一巻（一九八九、創文社）三頁
(32) 今村・前掲書一五四頁

あとがき

私は、一九九八年三月末日、北海道大学を停年退官しました。それに先立つ一月二〇日、「独占禁止法と憲法」と題して最終講義を行いました。この論稿は、その最終講義の原稿を若干加筆補正したものです。

同大学法学部には、一九九〇年三月に奉職してから八年間在職しました。その間、先輩の諸先生の優れた最終講義に接し、私もそれにあやかりたいと願ってこの原稿をまとめたのですが、到底その域に至っていません。そのことを知りつつも、最終講義に漕ぎつくことができましたのは、先輩、同僚の教官の方々のご指導と多くの関係者のご協力の賜物によるものです。そのことに感謝の意を表したいとの願いから、北大法学論集に掲載させていただきました。この掲載をお認め下さいました吉田克己教授はじめ編集委員の方々にお礼を申し上げる次第です。