



Title	経済法について
Author(s)	今村, 成和; IMAMURA, Shigekazu
Description	論説
Citation	北大法学論集, 18(2), 1-30
Issue Date	1967-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27860
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(2)_P1-30.pdf



論 說

經 濟 法 に つ い て

今 村 成 和

序 説

- 一 經濟法とは何か
- 二 三つの学説
- 三 その検討
- 四 經濟法概念の再構成
- 五 經濟法の体系
- 六 經濟法と独占禁止法
- 七 問題の所在

-
- 一 独占禁止法の基本法的性格
 - 二 独占禁止法の一般法的機能
 - 三 独占禁止法と適用除外法
 - 四 この項の結び
 - 五 經濟法と行政法
 - 六 經濟法と行政法の関係
 - 七 經濟法の理論と行政法
 - 八 行政法の理論と經濟法

以上

経済法についての最も基本的な問題は、経済法とは何か、またそれは、どういうものか、の点にあるといえるだろう。

前者は、経済法学の対象把握のための概念規定の問題であるし、後者は、対象のもつ社会的・経済的機能の認識の問題である。

経済法学のように、すぐれて現代的な、歴史的所与としての法現象を対象とする学問にあっては、この両者は、密接不可分の関係にあるものである。しかし、この場合、経済法一般のもつ客観的機能と、実定経済法のもつ個別的・具体的機能とは区別されなくてはならず、また、後者を理解するに当たっても、法の規範論的性格を無視することは許されぬだろう。

本稿は、このような観点に立って、先づ、経済法とは何か、を考え、次いで、経済法と独占禁止法、および経済法と行政法の関係を論じたものである。いう迄もなく独占禁止法は、実定経済法の体系における中心的存在であり、また、行政法との対置は、経済法の独自の存在理由を明らかにする上に有用であろう。従って、これらの問題を併せ論ずることは、経済法に対する認識を深めるのに役立つことである。本稿に、そのための一試論としての意義が認められるならば幸いである。

一 経済法とは何か

一 三つの学説

経済法とは、一群の法現象が、学問的認識の対象として、統一的に把握することが可能であり、且つそれが有用であると考えられることによって成立している観念である。

従って、その統一の視点を何処に求めるかによって、経済法の概念規定は様々であるが、^(二)次には、その代表的なものとして、金沢・丹宗・正田三教授の学説をとり上げ、その検討を試みることから、この論述を始めよう。

(イ) 金沢教授は、経済法とは、「市民社会の……公共的(社会的)側面に関する法」であって、「主として、経済循環に関連して生ずる矛盾・困難^(市民法による自動的調節作用の限界)を、社会調和的に解決するためのものとして理解しうるであろう。換言すれば、経済法は、資本主義社会において、それぞれの経済的^(二)社会調和的要求を、「国家の手」^(「見えざる手」の「代り」)によって満たすための法といえよう。」と述べておられる。

(ロ) 次に、丹宗教授によれば、経済法とは、「市場支配の国家的規制」を内容とする法であり、^(三)いいかえれば、「市場支配に対する国家の経済政策立法がすなわち経済法である。」^(四)ということになる。

(ハ) これに対し、正田教授は、「経済法とは、独占段階に固有な独占体を中心とした経済的従属関係を規制する法である。」^(五)とされ、「独占段階の支配構造を前提として」、「従属者の権利確保の要請に対応したかたちにおいて形成されるのが、経済法制である。」と説いておられる。^(六)

二 その検討

これら三つの学説は、いずれも、独占段階に達した資本制社会に特有の法現象として、経済法の成立を認めようとするものである点に、共通性を有している。そしてここに、わが国の通説的な見解に共通の基盤があることが指摘されているが、^(七)問題は、このことを前提とした上での、これら諸学説の当否にある。

(イ) 金沢説の特色は、「社会調和的要求の満足」ということにある。これが、自由放任の神話たる「予定調和」に

代る、独占段階の神話であることは、「見えざる手」の代りに、「国家の手」が登場するものとされていることから明らかである。従ってそこに、批判的視点の欠落が暗示されていることは見逃せないところであって、「社会調和的要求の実現」という表現が、——教授みずからは、「白紙的中立的」と述べておられるが——、支配者のイデオロギ―に密着したものであることは否定できないであろう。しかし、同時にそれは、独占段階における経済政策立法を、包括的に把握しうる強みをもっていることは争えない。けだし、これらはすべて、教授の表現に従えば、「経済循環に関連して生ずる矛盾困難を社会調和的」に解決する目的を有するものに外ならないからである。

(四) 次に、丹宗教授においては、「市場支配の国家的規制」ということに焦点をあてて、経済法を構成されていることに特色がある。教授がこのように主張される理由は、市場支配を対象領域とすることによって、経済法学の独自性が保たれるというにある。いいかえれば、そうすることによって、経済法に独自の指導原理と解釈原理とが明確にされる、というのである。

では、何が経済法に独自の指導原理なのであろうか。教授はここで、「相矛盾する二つの指導原理」ということを指摘され、「市場支配を禁止ないし抑圧するため、市場支配者(経済的強者)を規制(抑制)する場合には、経済法は、いわゆる経済的弱者保護の機能を果すものとして、社会法的性格をもつものといえよう(消費者保護Ⅱ独禁法一条)……これは主として本来の経済法の原理である。」「これに対し伝来的経済法の指導原理は、「公共性」あるいは「公共の福祉」の原理に求められた。国家権力(法律)により、市場支配(Ⅱ自由競争の排除)を意識的に作り出す場合(Ⅱいわゆる強制カルテルの場合)は、不況や恐慌を切り抜けるために、あるいは戦争目的を遂行するために、「公共性」「公共の福祉」ないし「国家目的」の名の下に市場支配規制(助長)が行われた。」と述べておられる。

そして、「以上市場支配の何れの極を保護するかにより、社会法的原理と「公共性」の原理の二つの指導原理があげられうることを考察した。」とされるのであるが、⁽¹⁰⁾経済法という統一概念に、二つの指導原理があるということは、理解に苦しむざるを得ないことである。

もつとも教授は、経済法を本来的なものと伝来的なものに分け、独占禁止法系統の社会法的性格を有するものを、本来的経済法とされているのであるが、⁽¹¹⁾それならば何故、カルテル法などの伝来的経済法も、経済法の範疇に含まれることになるのか。またそもそも、経済法を本来的と伝来的と分けることに、どのような意味と根拠があるのか。これらの点も、容易に理解し難いのである。

私には、教授の説は、経済法の内容規定のための統一指標と、実定経済法を支配する指導原理（経済政策理念）との区別が十分でないように思われる。「市場支配の国家的規制」ということは、それ自体としては、右にいう統一指標たり得るものではあろう。しかし、その限りにおいては、何等の指導原理とも結び付くものではない。経済法は、独占段階における経済政策の法的外被には違いないが、実定経済法がどのような指導原理（政策理念）に支配されているかということは、経済法とは何か、という概念規定の問題とは、関係がないものといわなくてはならぬ。

次に、「市場支配の国家的規制」ということが、経済法の内容規定のための統一指標として充分なものといえるかという点、これにも疑問があるように思われる。

たしかに、独占段階における経済政策立法としては、「市場支配の国家的規制」が、最も重要なものであることは、教授の指摘される通りであるが、そこに対象領域を限定しなくてはならぬ理由はないであろう。教授は、経済法学の独自性を確立するためには、独自の対象領域を明らかにする必要があるといわれているが、それが、「市場支配」でなければならぬ必然性はない。教授は、経済統制（配給統制など）をも「市場支配の国家的規制」の中に含めておら

れるようであるが、このようなとらえ方に疑問があることも、後に述べる通りである。

(イ) 最後に、正田教授が、「経済的従属関係の規律」を、経済法のメルクマールとされるのは、丹宗学説にも現われている、経済法における社会法的性格の重視を、より一層徹底させたものということができる。

しかし、正田教授も、独占段階における「経済社会自体の支配構造そのものが、矛盾の源泉として問題とされるか、あるいは、そのもたらされた結果の除去、すなわち、形成された支配構造、したがって独占体・支配的資本の支配力の容認を前提として、経済社会の矛盾の除去として景気回復のための積極的な法的措置を講ずるか」の二つの方策が、可能性として存在する^(二二)ことを認めておられる。

このうちの前者、すなわち、支配構造そのものを問題とする場合が、経済的従属関係の規律に当ることはいう迄もない。これに対し後者に関しては、第二次大戦前の、いわゆる統制経済法を展開させることになったドイツ及び日本の経済法制が、まさにこれに当るとされているのである。^(二三)

従って、経済的従属関係の規律ということは、今日の経済法の特徴ということになると思われるが、それは、教授にあっても、丹宗説と同様、独占禁止法を中心とする法制として構成されているのである。

けれども、独占禁止法をこのような角度から理解することに賛成できないことは、これ迄も度々述べた^(二四)。独占禁止法の中に社会法的性格が見出されること自体を否定するつもりはないが、それは、独占禁止法の現代法的性格の一面なのであって、経済法としての独占禁止法は、別の角度からとらえるべきであろう。

更に、教授の学説において問題となるのは、カルテル法の位置付けである。丹宗教授の場合には、少くとも形式的には、市場支配の規制を内容とする法の一つとして、経済法の中に含められていたが、正田教授の定義に従えば、カルテル法は、支配構造の形成を支える法として、今日の経済法体系の中に含められる余地はなさそうに思われる。

従って、独占禁止法に定めるカルテル禁止の原則に対し、法制度的なカルテル容認が拡がって来たのは、教授の立場からすると経済法制的後退ということになるようであるが、^(二五)正しくは、経済法体系の中における、カルテル禁止原則の後退と見るべきではなからうか。

教授のされているような経済法の切り取り方は、独占段階における経済政策立法が、必然的に、経済的従属関係を規律するものとして現われるものでない以上、合目的性を欠くものと評せざるを得ない。

三 経済法概念の再構成

(1) さて、このように、以上のどの学説にも満足できなるとすれば、経済法概念はどのように再構成されるべきであろうか。

私は、「経済法とは、独占の進行により、自律性を失うに至った資本主義経済体制を、政府の力によって支えることを目的とする法の総体をいう」と定義したいと考えている。^(二六)

従って、独占段階における、資本主義経済体制維持のための経済政策立法というのが、私の考える経済法の特徴である。それは、資本主義の独占段階においてははじめて現われるに至ったもので、戦前は、重要産業統制法を中心とするカルテル法や、それに続く統制経済法として展開し、戦後は、独占禁止法の制定によって、再発足するに至ったのである。

従って、実定経済法が、どのような政策理念に立脚しているかは、経済法概念規定とは無関係である。むしろ、実定経済法を支える政策理念には、変遷もあれば対立もある。経済法概念は、それらを、統一的な指標の下にとらえ得るものでなければならぬ。

先に指摘したように、金沢教授の説は、この指標を、いわば総資本の立場で表現しているところに問題はあるが、

これによって、実定経済法を包括的にとらえることは可能であろう。これに対し、丹宗・正田両教授の説は、政策理念あるいは、法の社会的機能の側面を経済法の概念規定と不可分の関係にあるもの、またはその要素として導入しておられるために、カルテル法その他の取扱いにおいて、法の体系自体にひずみを生じているように思われるのである。

経済法学の目的は、このような概念規定の下にとらえられた実定経済法を、体系的に整理し、それぞれの法が、個別的に、または全体として、どのような社会的・経済的機能を發揮するものであるかを明らかにすることにあるといつてよい。もとより、その認識の手法には、法社会学、法解釈学その他様々なものがあろう。従つて、それによつて得られる成果に違いがあるのは当然のことである。

(2) このような経済法の概念規定に対しては、(イ)その有用性を疑う説や、(ロ)それでは、対象領域を確定することは困難ではないか、また、(ハ)体制維持の法というのでは、総資本の利益となるに過ぎないことになるから、法の客観的機能の認識としては、不適切ではないか、との批判がある。^{二七}

この中、(イ)の疑問には、(a)経済法学そのものの独自の存在理由を疑う立場からのものと、(b)私の概念規定に対する批判を意味するものとの二つがある。

しかし、(a)国家の経済に対する介入が、国家活動の中でも著しく重要な部分を占めるに至つた今日、そこに生ずる法現象を、固有の対象領域として考察する法学の分野の成立を否定することはできないであらう。

また、(b)私の概念規定の有用性は、右の如き法の分野を、包括的・体系的にとらえ得る点にあると考えている。これに対し、例えば、社会法の立場から現代法を認識するための補助手段として経済法の概念規定を行うというようなことは、むしろ、本末顛倒のそしりを免れないのではなからうか。

次に、(ロ)の問題については、これは、多かれ少なかれ、概念規定には不可避の現象なのであって、私の概念規定とくにその難点が著しいとは思えない。体制維持のための経済政策立法とは、資本主義の経済法則に対し、何らかの影響を及ぼそうとする国の政策を実現するための立法に限られている。その中にどのような実定法を包摂するかには、どのような経済法体系を組立てるかの問題が先行している筈であるが、そのための大枠は、右によって明らかであると思う。そうなれば、あとは、右の体系の中で、どの実定法を、どのように位置付けるかに関連して生ずる限界領域の問題に過ぎないであろう。それは、どんな定義規定にも、必然的に随伴する問題なのである。

(ハ)の議論に対しては、次のように答えることができるであろう。

体制維持のための経済政策立法というのは、経済法の基本的性格を云い現わしているものに過ぎない。現代の複雑な社会構造の下では、それが、どのような政策に基いて、どのような形で具体化されるか、またそのもたらす社会的経済的効果がどのようなものであるかは、一面観をもって単純に断定することは、できないものといってよい。しかし、そのことと、経済法の基本的性格をどうとらえるかは、別個の問題といふべきである。

四 経済法の体系

(1) そこで次には、経済法の体系を、どのように構成すべきやについて考えてみよう。

経済法の特徴は、独占段階における資本主義経済体制の維持を目的とする経済政策立法たることにあるのだから、その体系化は、資本主義経済の構造的特質に照応したものであることが必要であろう。

しかして、資本主義経済の構造的特質は、市場経済を通じて、経済循環を実現することにあるのであって、この市場経済を支配する運動法則が自律性を失うに至ったところに、経済法の成立の契機がある。従って、経済法の目的乃至機能は、法的な手段をもって、市場経済に対し、何らかの規制を加えることにあるといつてよいであろう。

そこで、このような角度から、経済法の体系化を試みるとすれば、一応、次のような案が考えられるのではないかと思う。

[I] 直接の市場規制

- (イ) 市場構造の規制
- (ロ) 市場行動の規制

- (a) 市場秩序の維持
- (b) 経済循環の維持

- (ハ) 公益事業の規制

[II] 間接の市場規制

市場経済に対する規制には、市場を構成する企業の状態あるいはその行為に対し、直接の規制を加える場合と、政府の取引過程への参入により、市場経済に影響を及ぼす方法による場合とを分つことができる。前者を直接の市場規制、後者を間接の市場規制ということにする。

直接の市場規制は、一般私企業に対するものとして、市場構造の規制と市場行動の規制とを分つことができ、これらとは別に、公益事業に対する規制を考へることができる。

以下、これらの諸項目につき、なお若干のコメントを加えよう。

- (2) (イ) 市場構造の規制は、独占または市場支配に対する国家の政策的規制であって、独占段階の法たる経済法に

とっては、もつとも基本的な部分を構成するものである。

そして、その内容は、政府が、競争促進政策をとるか、競争制限政策をとるかによって違って来る訳で、独占禁止法中の私的独占および不当な取引制限の禁止ほかこの系列に属するものは前者に、また、繊維工業設備等臨時措置法、機械工業振興臨時措置法などのカルテル助成法、石油業法などの独占保護法などは後者に当るものである。

また、中小企業団体組織法による商工組合はカルテル法人であるが、各種協同組合法は、これと異り、独占に対する対抗力の形成を目的とするものといつてよい。

(四) 次に、市場行動の規制は、企業の市場における行動を、規制の対象とするもので、現行法上、これには、(a)市場秩序の維持を目的とするものと、(b)経済循環の維持を目的とするものがある。

(a)に該当するものとしては、独占禁止法中の不正な取引方法の禁止を挙げることができる。これには、私的独占の予防としての意味も含まれているが、基本的には、いわゆる公正な競争の確保すなわち、市場秩序の維持を目的とするものである。

これに対し、(b)は、自由な競争によっては、正常な経済循環を確保し得ないような状況を生じたときに行われるもので、経済統制法がこれに当る。

但し、過剰生産対策としての経済統制は、カルテルの助長、あるいは、これに代る政府の直接の規制として行われるが、これらは、市場における競争の制限を手段とするものであるから、市場構造の規制に帰着し、ここという市場行動の規制には該当しないものである。

これに対し、過少生産あるいは、インフレーションの進行に伴う対策として、価格統制や配給統制が行われる場合には、ここという市場行動の規制と考えてよい。

しかし、わが国においては、戦時中および戦後の生産荒廃期に、一般的な経済統制が行われたが、現在では、臨時金利調整法による金利統制、食糧管理法による米の配給及び価格統制(但し、政府の一手買取販売)、物価統制令による公衆浴場の料金統制、地代家賃統制令による一部の地代家賃の統制などが、僅かに行われているに過ぎないのである(公衆共料金の統制は、公益事業規制として別の理由による)。

ところで、経済統制法が、経済法の範疇に含まれるものかどうかには、異論がない訳ではない。わが国の経済法学は、戦前における経済統制法の展開を契機として成立を見るに至ったもので、当時においては、経済統制法即経済法と解する傾向が強かった。しかし、これは最早、現代的批判にたえうるものではない。

また、経済統制の観念を広義に解し、国家の経済に対する政策的介入をすべて統制と呼ぶならば、経済法は、まさに、経済統制法であるということになろう。しかし、ここでは、そういう用語法に従っているのではない。

これを諸学説についてみるならば、金沢教授の経済法概念は、「社会調和的要求」の満足という形式的理解を基礎とされるものであるから、その中に経済統制が含まれることに疑問はない。これに対し、正田教授の概念規定によれば、経済統制は、支配構造そのものを規制の対象とするものではないから、「経済的従属関係の規律」とはいえず、従って、少くとも、今日の経済法体系の中には、含まれないということになろう。

問題となるのは丹宗教授の場合であって、教授は、積極的に、経済法中における経済統制法の位置付けを試みておられる。教授によれば、戦前の経済統制法概念は不要となったが、食糧管理法や、物価統制令、地代家賃統制令による統制は、「市場支配ないしその恐れある場合の国家的規制」の一変形形態として、経済法の体系において把えうるものである(一六)というのである。

しかし、市場支配とは、独占体のもつ市場価格を支配しうる力の現われに外ならないもので、需給の不均衡やイン

フレーションに基づく物価の上昇とは区別されなくてはならぬ。教授は、これを、経済的強者の弱者に対する関係としてとらえておられるが、経済現象としての市場支配を、このように翻譯したことの結果が、右のような誤解となつて現われたのであらう。

私も、結論的には、教授の説に賛成であるが、それは、教授のように、これらの統制法規を、経済的弱者の保護を目的とするものと解するからではない。市場における自律的経済循環を規制するものである以上、当然に、経済法の中に含まれると解するのである。それと共に、今日の経済政策は、原則として、このように、経済循環を直接に規制する方式をとっていないから、経済法体系におけるこれら統制法規の比重は、著しく低下するに至っているのである。

これに対し、戦時経済統制にあつては、巨大な軍需に全経済を奉仕させるために、国家の経済に対する介入は、著しく強度なものとなる。それは、単なる経済循環に対する介入のみに止まるを得ず、わが国においては、経済全体の組織化（『市場構造の規制』）をも志向するに至つたのである。そしてこれが、独占段階における戦争経済の所産である以上、経済法として理解すべきことは、当然であるといつてよい。

(4) 次に、公益事業に対する規制を、一般私企業に対する規制と区別したのは、電気、ガス、交通事業などを含むこの分野では、独占の容認が、法的規制の前提となつて^(一九)いるからである。従つてこれは、市場構造及び市場行動に対する規制の特殊分野を構成するものと認められるのである。

(3) 次に、間接の市場規制とは、市場経済に対する、政府の非権力的関与を内容とするものである。補助金の交付、投・融資などの手段による政府資金の散布や、買取・販売方式による市場調整などがその例である。

このような、経済活動に対する非権力的関与は、行政法的には、給付行政の一環として、近時特段の注目を惹きにいたつて^(二〇)いるものであるが、政府の経済に対する政策的介入の手段として、経済法的視点からこれをとらえる必要性

説があることも、忘れられてはならないであろう。

論 註(一) 経済法の諸概念については、今村「経済法の概念」ジュリスト三〇〇号記念「学説展望」(昭三九)三九〇頁以下参照。

(二) 金沢良雄「経済法」(法律学全集五二巻、昭三六)二二頁。

(三) 丹宗昭信「経済統制」(行政法講座六巻、昭四一)二〇四頁。なお、丹宗教授は、従来「市場『統制』」を統一概念として、経済法の概念規定を試みて来られたが(丹宗「経済法『学』の独自性」(以下「独自性」として引用する。))経済法一号、昭三三、右の論文において、これを「市場支配」の語に置き換えられた。これが一時的なものであるかどうかは明らかではないが(前掲「経済統制」一八九頁注(七)参照)、教授の「統制」概念は熟したものとはいえないし、また、市場支配と同義であることは教授も明言しておられることなので、まぎらわしさを避けるため、本稿では、「独自性」引用の際にも、「市場『統制』」の語は、「市場支配」に置き換えた。教授に対しては、あるいは、礼を失したことになるかも知れないが、御寛恕いただければ幸いである。

(四) 丹宗「独自性」一四頁。

(五) 正田彬「経済法」(昭三八)三七頁。

(六) 正田彬「経済法」岩波講座「現代法」七巻「現代法と経済」(昭四一)二〇三頁、同「経済法における経済的従属関係」(以下「経済的従属関係」として引用する)法学研究三九巻一二号(昭四一)六四頁以下参照。

(七) 正田「経済的従属関係」五一頁。

(八) 金沢前掲三五頁。

(九) 丹宗「独自性」一四頁。

(一〇)、(一一) 丹宗「独自性」一九、二〇頁。

(一二)、(一三) 正田「経済的従属関係」六五頁。

(一四) 今村「独占禁止法」法律学全集五二巻(昭三八)一〇頁、独禁法研究会・座談会「正田彬『独占禁止法をめぐって』公正取引一九七号(昭四一)一五頁以下における私(B)の発言。

(一五) 正田彬「独占禁止法制的変質過程」(以下「変質過程」として引用)法律時報三九巻六号(昭四二)一九頁。

一 問題の所在

右に述べたような経済法の概念規定及び体系化の構想は、その下に、実定経済法を整理し、その社会的・経済的機能を明らかにすることを目的とするものであるが、その場合には、個々の経済法が、どのような政策理念に立脚し、どのような社会的効用を發揮するものであるかを追究することは、経済法学における当然の課題といつてよい。

そして、この場合に最も問題となることは、経済法としての独占禁止法を、どのように位置付け、その機能を、どのように評価するかの点である。独占禁止法が、もっとも重要な実定経済法であり、経済法の体系の中で、もっとも重要な地位を占めるものであることは、独占段階の法としての経済法の性格から考えても当然のことであり、多くの異論を見ないのである。しかし、その反面において、独占禁止法の無力化、形骸化が広く指摘されていることも周知のとおりであって、ここでは、この相矛盾する現象を、実定法規範の体系の中で、どうとらえるかを考えてみたいと思う。

二 経済法と独占禁止法

- (一六) 今村「経済法と行政法の交錯」法学セミナー一三一号(昭四二)二頁。
- (一七) これらは、民科法律部会での私の報告(本稿末尾の「附記」参照)に対し、出席者から提起された批判論点である。
- (一八) 丹宗「経済統制」前掲二〇六頁。
- (一九) 今村「公企業及び公企業の特許」行政法講座六卷(昭四一)一八〇頁参照。そこにいう特許企業が、ここにいう公益事業に当る。
- (二〇) 近時の代表的文献について、今村「経済法と行政法の交錯」前掲六頁註(一九)参照。

二 独占禁止法の基本法的性格

そこで先づこの問題を、独占禁止法の基本法的性格という角度から眺めてみよう。

独占禁止法は、制定当時、経済憲法と形容されていた。少くとも当時においては、占領政策に基き、戦後の日本資本主義を、独占禁止政策に基いて再建することが、意図されていたからである。

従って、独占禁止法は、市場構造及び市場行動の規制に関する基本法として、原則としてすべての事業者に適用される一般法の形式をもって定められている。そして、このことを反映して、戦後の経済法学においては、独占禁止法を、その経済法体系の中枢に据える学説を、数多く生じた。丹宗、正田両教授の学説は、その代表的なものといつてよいのである。

しかし、実定制度の変遷は、独占禁止法自体の緩和的改正をもたらした許りではなく、その周辺には、これと異なる政策原理に立脚する個別的な立法を、数多く生ぜしめた。これらは、一般法たる独占禁止法に対しては、特別法の地位におかれているが、両者の政策的基盤を、それぞれ、独占禁止政策（または、競争政策）および集中政策（合併の促進、カルテルの擁護などを含む政策をかくい^(二)う）として表現するならば、

独占禁止政策——独占禁止法——一般法

集中政策——個別的立法——特別法

という図式の成立を認めることができるであろう。

そして、この両者を架橋するものとして、後者によって許容された行為の、前者に対する適用除外という関係が、独占禁止法の適用除外等に関する法律または、後者の中に個別的に定められた適用除外条項によって、明示される仕組みとなっているのが通例である。従って、独占禁止法と、他の法律とは、一般法と適用除外法との関係に在るとい

うこともできるが、しかしこのことは、独占禁止政策が、今日のわが国において、支配的な経済政策としての地位を占めていることを意味する訳ではないのである。

けれども、これらのことも、独占禁止法のもつ上述のような基本法的性格を、原理的に否定するような言説を導き出す契機となるに至っている訳ではない。

例えば、最近の文献においても、金沢教授は、「独禁法にこそ、日本経済の構造的矛盾を解決し、その近代化をはかるべき、最も有効な鍵がひそめられている」と述べ、^(二) また、丹宗教授も、「独禁政策は、独占段階において、可及的に有効競争を維持するための経済政策であり、今日の資本主義国家にとって最も基本的な経済政策である。」^(三)と述べておられるが、このような意味での独占禁止政策は、今日においては、ひとりアメリカのみならず、西ヨーロッパの資本主義諸国においても、ひろく採用されることとなっている。^(四)

従って、集中政策の推進に熱心な財界や通産省においても、独占禁止政策^(五)競争政策そのものに対しては、否定的態度を示してはいないのである。しかし、これを額面通り受取ってよいかどうかは別問題で、通産省所管の立法が、独占禁止法の実効性を阻害し、その適用範囲を縮減し続けてきたことは、まぎれもない事実であろう。

そしてこのことは、実質的に見れば、独占禁止政策が、支配的な経済政策としての地位を保ち得ていないことを示すものに外ならないが、このような状況の下において、一般法と適用除外法という関係が、どのような意味をもつことであるかを、次に考えてみよう。

三 独占禁止法の一般法的機能

独占禁止法が、上述のような基本法的性格の下に、一般法として存在しているということは、少くとも、戦後の日本資本主義経済のパターンを、競争政策に基づいて規定しているという意味をもっている。

このことは、独占禁止法の後退、無力化の現実を前に、過大評価することはできないが、消極的ながらも、集中の進行や共同行為による競争の制限が、野放しに行われることをチェックする役割を果しているとはいえるであろう。^(六) 財務省や通産省が、競争政策に対し正面から挑戦することができないのも、一つには、独占禁止法のもつこのような機能に由来しているといえる。

従って、独占禁止法の存在は、他のパターンの支配を排除する意味をもっている。敗戦直後の官僚が立案し、占領軍当局の拒否指令を受けた産業秩序法案の構想が実現していたら、戦後日本経済のパターンは、今とは違ったものとなっていたかも知れない。それは、戦前の重要産業統制法から、官僚統制的色彩だけを抜き去った、カルテル助長法に外ならないものであったのである。^(七)

また近くは、通産省が執拗にその実現を図ったが、遂に陽の目を見るに至らなかった特定産業振興臨時措置法案がある。これは、基幹産業部門に、通産省の集中政策を正面から導入しようとしたもので、これが実現していれば、独占禁止法の基本的性格は、その中枢部分を破壊されていたことであろう。^(八)

唯、このような独占禁止法の一般法的機能は、もっぱらその存在形式に基くものであるから、その実質的な効果は、現実の支配的経済政策が、どのようにその実効性を阻害し、またどのような適用除外法を生み出しているかによって左右されることである。それを見落した、単なる概念的・形式的な見方に止まることは、経済法の理論としては、無意味なものといつてよい。

四 独占禁止法と適用除外法

そこで、次に考えてみたいことは、実定経済法秩序が、独占禁止法とその適用除外法という構成となっていることの規範的意味をどう理解するか、ということである。^(九)

この点につき、丹宗教授は、独禁法体制の下で、「今日存在する幾多のカルテルや組合法については、独禁法の適用除外なしし除外規定によって立法的に解決されているので、問題はない。」⁽¹⁰⁾と述べておられ、また、正田教授は、「統一的な経済法秩序において、論理的に統一的なものとしてとらえ得ない法制度が認められるべきではないと考えられる。経済法秩序の論理的な構造から当然に要請されるものであると同時に、全体的な法秩序の要請でもあるといふことができる。従来認められて来た適用除外の中で、かかる面からの検討が加えられるべきものもかなり多く、また、かかる適用除外を統一的に現在の経済法秩序の枠内でとらえるための努力も行なわれる必要がある。」⁽¹¹⁾と述べておられるのである。

従って、丹宗教授は、この問題を形式的にとらえ、また正田教授は、これに実質的な意味を与えようとしておられるように理解されるが、このどちらに対しても、それぞれ次のような疑問を提出したい。

(1) 先づ、丹宗説についていえば、「立法的に解決されているので問題はない」といわれていることの意味が明らかではない。

教授の説は、戦前の経済統制法概念が不必要になったことを前提として、「経済統制法の重要な対象であったカルテル（助長）法が今日もなお多数存在しているが、それらを経済法の中にどのように位置づけるか」といふ問題の提起に対する答の形で出されているのであるが、これによってみれば、教授のいわれんとする所は、(1)カルテル法なども、適用除外規定によって、経済法体系の中に位置付けられていること、(2)カルテル法などの経済法体系における位置は、一般法たる独占禁止法に対する適用除外法としてとらえること、の二点に存るものと思われる。

しかし、これらのことは、別段、適用除外規定によって、「立法的に解決された」という筋合のものではなからう。カルテル法などが経済法の体系に含まれるかどうかは、理論の問題であって、立法的解決に親しむことではない。

また、これらの法律が、特別法として、適用除外的地位に存するというのも、別段明示の規定をまつまでもないことなのである。なぜなら、実定法秩序の内部における形式的な矛盾抵触は、上位法優先、特別法優先および後法優先の原則により、法論理的には、解決される仕組みとなっているのであって、適用除外規定が存するが故に、特別法的地位が確保された、という訳のものではないのである。

独占禁止法二二条二項は、「(適用除外を認めるべき)特別の法律は、別に法律をもってこれを指定する。」と定めている。この規定は、独占禁止法の先法に対しては、特別法優先の原則の適用を否定する効果をもつものであるが、後法優先の原則を、立法的に否定することは不可能である。

従って、独占禁止法と抵触する後法の規定は、適用除外規定の有無に拘らず、独占禁止法に優先する。この意味では、適用除外規定は、注意規定に過ぎないものといってよいのであるが、それにも拘らず、このような立法の形式が広く用いられているのは、どういう訳であろうか。これには、次の二つの理由を挙げることができるように思われる。

その第一は、立法手続との関連においてである。政府部内において、独占禁止法に抵触するおそれのある立法のための法案作成が行われるときは、当然に、立案官庁より、公正取引委員会に対し協議が行われることになる。これを官庁用語では法令調整とも呼んでいるが、その実質は、政策の調整にあるといつてよく、適用除外規定の存在は、このような協議が成立した跡を示すものに外ならないのである。

その第二は、疑義を避けるという、より実質的な意味からである。独占禁止法二二条二項も、後法優先の原則を否定するものではないが、この原則は、規範論理的な矛盾抵触を避けるためにのみ存するものであるから、その妥当範囲も、その限度に止まっている。従って、後法がカルテルを許容していても、適用除外規定がなければ、それは、独

占禁止法に違反しない限度においてである、という解釈が成り立つ余地もないとはいえない^(二二)。そこで、このような疑義を避けるためには、矢張り適用除外規定は必要だ、ということになる。この意味では、そこに、免罪符的性格がないとはいえないのである。

適用除外規定の存在理由は、以上の二点から説明されるが、いずれにしても、独占禁止法の側からみれば、独占禁止政策の後退を示す一里塚に外ならないものである。従って、実質的には、問題は、まさにそこにある、といわなくてはなるまい。形式的に、適用除外がはっきりした、というだけで、問題が解決した、と考えるのは、いささか安易に過ぎるというものである。

(2) これに対し、正田教授にあっては、実定経済法秩序を、統一的な経済政策体系——いう迄もなくそれは独占禁止政策である——の下に理解すべきことが強く主張され、その媒体としての機能が、適用除外規定に見出されているのである。

しかしここには、規範体系の法論理的統一性と、規範内容の意味的な統一性ととの混同があるように思われる。

もとより、個々の実定法規範における意味的な不統一は、立法意思の分裂という不合理をおかすことになるのであるから、その解釈に当っては、統一性の保持が常に心懸けられるべきであらう。従って、独占禁止法中のカルテル認可制の運用に当っては、反カルテル政策の例外として、認可の要件を厳密にしぼるべきは当然であらう^(二三)。

しかしながら、別個の政策体系が併存し、一般法と特別法の関係として両立せしめられている場合に迄、適用除外規定に、意味的統一のための媒体的機能を見出すということには、理由がない。なぜなら、適用除外規定の存在そのものが、むしろ、政策的な不統一の所産に外ならないものだからである^(二四)。また、法論理的な要請は、効力の優劣によって、純粋に形式的な解決が図られているものだからである。

もつとも、適用除外法は、一般法に対する例外を定めたものとして、できるだけ限定的に解すべきであるとの主張は成り立ち得るであろう。しかし、教授の主張には、それを超えたものが存するのである。

五 この項の結び

要するに、独占禁止法が一般法であるということは、実質的な意味において、同法が、経済政策体系における支配的地位を有することの保証となるものではない。適用除外規定を媒介とする一般法と特別法の結合も、問題解決のきめ手となり得るものではない。唯、競争政策は一般法たる独占禁止法を、また集中政策はその適用除外法たる個々の特別法を、それぞれの拠点として相拮抗している姿が、そこには見出されるのである。

しかしこれを経済政策の側からみれば、わが国の支配的政治勢力は、形式的には、独占禁止法を一般法的地位に止めておきながら、実質的には、それを無視した集中政策を押し進めてきたたであつた。このことが、適用除外法の累積となつて現われ、独占禁止法自体の無力化、形骸化の原因となっているのである。

しかしながら、一般消費者の側に立つ独占禁止法の価値観は、憲法を支える価値体系のコロラリーに外ならないもので、そこに、この法律の存在が高く評価され、強い社会的支持を受けている理由がある。丹宗教授や正田教授の独占禁止法を中心とする経済法理論は、まさに、これを支持する立場において展開されているものであり、私も、この立場に立つことには、何の異論もない。また、その故に両教授の説が、価値多きものであることも、ここで態々断るまでもないことである。

註(一) (一) ここで集中政策と呼ぶものの概要については、今村「私的独占禁止法の研究(二)」(昭三九)六八頁以下および今村「独占」(経営法学全集一二巻、昭四〇)一八頁以下参照。

(二) 金沢良雄「独占禁止法の課題と展望」法律時報三九巻六号(昭四二)五頁。

- (三) 丹宗昭信「独占禁止法の機能と限界」同右、二二頁。
- (四) 今村「独占禁止法」二二頁以下。
- (五) 今村「独占」一八頁。
- (六) 正田「変質過程」一九、二〇頁。
- (七) 正田彬「独占禁止法制定の性格に関する一考察」経済理論五三号(昭三四)一一七頁以下。
- (八) 今村「独占禁止法の研究(二)」六八頁以下参照。
- (九) 独占禁止法に対する適用除外は、同法自体の中にも、二二条以下に定められており、その趣旨も一樣ではないが、以下で問題とするのは、カルテル容認政策に基づく、私のいわゆる後退的限界(今村「独占禁止法」一六〇頁参照)に関するものに限られる。
- (一〇) 丹宗「経済統制」前掲二〇四頁。
- (一一) 正田「経済法」二八四頁。
- (一二) もっとも、この点は、なお詳しく検討してみないと、何ともいえない。特別法優先の原則も考慮に入れる必要がある。私 はかつて、後法優先の原則は前提としながらも、「独占禁止法に対する適用除外規定を欠く場合にあっては、当該法律には、独占禁止法の適用を排除する趣旨は含まれていないものと解すべきであろう。」と述べたが(今村「独占禁止法」一六三頁)、果して、そういう趣旨の立法であるかどうかは、そういう法律が現われた際に、具体的な立法事情や、規定の内容を検討した上でないと、何ともいえないことであろう。
- (一三) しかし、正田教授の説かれるようにに、不況カルテル及び合理化カルテルの適用除外(二四条の二及び三)は、三条(不当な取引制限の禁止)に違反しないことの確認を意味するものと解すること(正田彬「独占禁止法」(昭四一)六四九頁)には、賛成できない。これでは、不当な取引制限における公益要件の解釈が、かえってルーズになるであろう。
- (一四) 正田教授は、「第三の類型に含まれる適用除外規定は、前述のように、きわめて広範に、カルテルとの関係を中心とした単独立法が設けられており、それらの個別的な検討に際しては、独占禁止法の基本的な原理との関係で問題となる余地も少ない。しかしながら、すくなくとも独占禁止法三条の規制を排除するための正当な理論的な根拠が見出しえない以上、それらにいわゆる適用除外規定、適用除外立法は、三条の範囲内において認められているものと解されるべきであり、その解釈に際しては、三条の規定が、容認される行為の限界を示す基本的な指標を提供するものであることは、否定しえないところであろう。このこ

とは、同時に、統一的な経済法制の把握にも連なるものである。「独占禁止法」五四六号と述べ、「公共の利益に反しない」場合に限って適用除外が認められるという態度を貫いておられる(同上二四六頁)が、教授によればそれは「経済的従属者の権利、利益の侵害に連ならない場合」ということに帰着する(同上二四五頁)のであるから、独占禁止法的にいえば、「一般消費者及び関連事業者の利益を不当に害するおそれがないこと」(二四六頁の三および四参照)というのと、ほぼ同旨に帰着することになる。しかしこれは、カルテル認容政策を正当化するための口実に過ぎないもので、ここにウエイトを置く限り、競争政策と集中政策との対立点は、すっかりぼやけたものとなってしまふだろう。教授において、適用除外規定を媒介とする統一的理解が可能であるということの意味がここにあるとしたら、それは、問題の所在を見失った議論というの外はないのではなからうか。

三 経済法と行政法

一 経済法と行政法の関係

(1) 経済法の出現は、現代における行政機能の拡大に裏付けられた現象であり、実定経済法は、また、実定行政法——より限定的には、実定経済行政法——としての性格をも有しているといえることができるのである。

しかし、経済法と行政法とは、その問題関心を異にするから、両者は、はっきりと区別されなければならない。先に述べたように、経済法とは、独占段階における、資本主義経済体制維持のための法の総体をいうものであるが、行政法とは、行政そのものが法現象としてどのように現われ、それを規律する法原理がどのようなものであるかを明らかにすることを目的とするもので、とりわけ、現代の行政法は、行政に対する民主的統制の手段としての法のもつ機能の解明を志向するものといつてよい。

そこで、同一の法に対する関係においても、両者は、アプローチの仕方を異にすることとなる訳で、これを独占禁止法を例にとって説明すれば、次のようにいうことができるであらう。

経済法的観点からは、独占禁止法は、市場構造および市場行動規制のための一般法として存在するもので、そのために、事業者の私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法などを禁止し、その実効性を確保するために公正取引委員会による排除措置命令などの手段を講じている。しかし、同法の基盤となっている独占禁止政策は、支配的な経済政策の立場からは、常に攻撃を受けて来たもので、その結果として、現行法には、例外的措置としてではあるが、カルテル認可制も導入されるに至っている。大体このようにいうことができるであろう。

これに対し、行政法的視点からは、同法は、経済活動に対する行政的規制を定めた法の一つとしてとらえられる。規制の対象となる事業者等の行為は、私的独占等々であり、規制を担当する行政機関は公正取引委員会である。規制の主な手段は行政行為の一種たる排除措置命令であるが、そのための事前手続として定められている審判手続は、行政委員会制度と共に、アメリカ行政法の影響を強く受けたものである。大体、以上のような角度から、考察が加えられることとなる。

(2) しかしながら、このように、違った角度からのアプローチがあるということは、独占禁止法自体の問題としては、同法を、正しく、完全に理解するためには、経済法的な知識と、行政法的な知識との双方が必要だということになる。

例えば、独占禁止法は、違反行為に対する排除措置として、「必要な措置を命ずる権限を公正取引委員会に与えているが(八条、八条の二、二七条の二)、この命令が、公正取引委員会の自由裁量により、その内容を決定しうるものかどうか、また、委員会は、任意に、その命令の取消変更を為しうるものかどうか、というようなことは、規定の上では明らかではなく、また、経済法の理論をもってしては、これを解決することはできぬものであろう。他方において、私的独占、不当な取引制限あるいは不公正な取引方法などの法概念の解釈に当たっては、行政法の角度からの理解というよう

なことは、無意味というの外はない。

論
(3) 経済法と行政法とが、相互に独立の法の分科を形成しつつ、実定法を媒介として、密接な関連を有するものであるという事実は、以上の説明によって明らかとなったが、それならば、両者は、理論的には、どのような関係に在るものであろうか。それを次に考えてみたい。

二 経済法の理論と行政法

経済法は、市場経済に対する政府の介入を法現象としてとらえ、そのもつ意味を明らかにすることを目的とするものであるから、実定経済法秩序の全体像をとらえ、その中で、個々の実定法が、どのような経済現象を、どのように規制しているかを明らかにすることが、中心的な課題となる。

しかるに、規制の主たる担い手は行政機関であり、規制は、行政作用として行われるのを原則とするから、行政法学の助けをかりるのだから、規制のもつ意味を正確に理解することは困難であらう。

先に、経済法的アプローチと行政法的アプローチとは、区別されるべきであることを指摘したが、経済法的アプローチとしては、行政法的アプローチを全く除外してしまったのでは、経済法的アプローチそのものが成り立たない、ということになるのである。唯それは、経済法学に固有のものではないから、行政法学の助けをかりる、ということになるのであるが、これなくしては、実定経済法の全体像をつかむことはできない。この意味では、経済法の理論の中には、行政法の知識は、深く入り込んでいってよいのである。

三 行政法の理論と経済法

(1) 先に述べたように、実定経済法は、実定経済行政法であるが、それは、実定行政法の一部を為すものに過ぎない。しかも、経済法に固有の理論は、行政そのものに焦点を合せて構成されるものではないから、経済法学の行政法

に及ぼす影響は、実定経済法における行政的規制の対象を明らかにする上に役立つ点を別とすれば、国家機能のとらえ方というような、ごく高次の段階において考えられるに止まるであらう。

むしろ、この場合に留意すべきことは、素材としての実定経済法の、行政法の理論に及ぼす影響である。

周知のように、伝統的な行政法理論は、権力分立制の下で、自由主義思想を背景に成立した。それによれば、内政に関する権力行政は、消極的な社会秩序の維持のみを目的とするものとされ、「警察」の観念をもって説明されて来た。権力分立制に由来する「法律による行政」の原則の下で、警察権の行使を必要の最少限度にとどめるべきものとする「比例の原則」と、これを行政行為論にとり入れた羈束裁量の理論が、ここでは、重要な役割を果たして来たのである。

しかるに、経済法発達の基盤を為す社会状況は、このような消極的国家観をもってしては説明し切れない法現象を生じて来た。このことから、今日新たな行政法理論の展開の必要が論じられるに至っているのであるが、その詳細を、ここで述べる余裕はない。しかしながら、例えば、「法律による行政」の原則の今日的意義は何か。複雑多様化した政府活動をトータルにとらえるために、伝統的な行政行為論だけで充分かどうか。行政裁量権拡大の傾向に対し、これを民主的に統制する手段としてどのようなことが考えられるか等々。要するに、自由主義的な行政法理論は、その基調を転回させつつ民主主義的な行政法理論としての装いを新たにすべく迫られているのであるが、これに対し、最も重要な素材を提供しているものが、実定経済法なのである。

(2) そこで、このことに関連して問題となるのは、実定経済法が、実定経済行政法であることに照応して、各論的行政法の一としての経済行政法の観念が必要ではないか、ということである。

そして、これには先例があるのであって、昭和十年代における経済統制法の展開に伴い、行政法学者は、警察の観

説 念から区別されるべき行政作用の一種として、経済統制又は統制の観念を用いるようになったのである。^(四)

論

すなわち、経済統制の作用は消極的な治安維持を目的とする警察作用とは異り、「積極的に国家経済総力の發揮又は国民経済の健全性の維持發達を図ることを目的とする」ものであるから、両者を区別することが、「法の性格を理解し、その解釈適用の原理を明らかにする上に妥当である」とされたのであって、この学説は、客觀的に見れば、當時有力であった「経済警察」の観念を排し、自由主義的な警察の観念の純粹性をまもり、それと区別されたものとして、経済統制の観念を打樹てたものである点において、充分に評価されるべき長所をもっていた。^(五)

しかし、その反面、経済統制の分野においては、広汎な委任立法・自由裁量処分が無条件に容認される基礎を提供したのみで、国民の権利が無視されふみにじられることに対しては、何等の批判的論点を提起する力をもっていなかった。^(六)このことは、行政法学が、「法律による行政」の原理のもつ形式性に無自覚であり、単なる、政府活動の諸類型の法的分析に満足している限り、所詮は免れ難い弱点であった。経済統制の観念が、このような現実追隨主義の所産であった以上、戦後における経済政策の転換と共に、急速にその姿を消すに至ったことに、何の不思議もなかったのである。^(七)

では、それならば、新しい視野の下で、経済行政法の観念を打樹てる必要があるかということ、私は、次の二つの理由から、それは、必要ではないと考えている。

(1) 実定経済行政法に関していえば、それを単なる行政法的視野からとらえるよりは、経済法的視点に立って、その全体像をとらえることの方が、遙に有用である。経済法的理解の中には、行政法的アプローチも含まれるべきことは先に述べた。逆に、行政法的アプローチの下では、作用の類型的把握など、行政法的視点にのみ注意が向けられ、制度の客觀的機能を明らかにする上には、著しく不十分とならざるを得ないのである。

もちろん、その欠は、経済法的アプローチを加えることによって補うことはできるが、そうならばはや、各論的行政法の域を脱しているといつてよい。それは経済法そのものであるといつてよいのである。

(四) 次に理論の問題としては、行政法理論の再構成の上に、実定経済法が重要な素材を提供するものであることは先に述べたが、しかしそれは、ひとり、経済法の分野に特有の現象ではないのであって、とくにこの部分を切取って、経済行政法を構成する理論的根拠に乏しいのである。

現に、経済法の外にも、労働法、社会保障法、教育法など、従来の各論的行政法の域を脱した、新たな法の分野が発達しつつあるが、これらはすべて、行政法と密接な関係を有するものであることは、いうまでもない。そして、実定労働法等が、行政法理論再構成の上に、重要な素材を提供するものであることも、実定経済法と同様といつてよいのであるが、それぞれの場合について、行政が異質な法現象として現われている訳ではない。むしろ、現代型行政としての共通の特質を備えているのであるから、作用そのものの質的な違いにより、規制行政、給付行政などの分類は必要であるが、行政の対象毎の細分化は、実務上は兎も角、理論的には、必要なこととは思われないのである。

以上。

註(一) この問題については、すでに、今村「行政法と経済法」岩波講座現代法4附録(昭四一)一頁以下および、今村「経済法と行政法の交錯」前掲において論じたことがある。以下の論述においては、できるだけ重複を避けたつもりなので、併せて参照されれば幸いである。

(二) その具体的事例については、前註引用論文参照。

(三) 丹宗「経済統制」前掲参照。

(四) 美濃部達吉「統制経済の法律形態」国家学会雑誌五二卷一二号。その他丹宗前掲論文一九四頁注(二)引用の文献参照。

(五) この点については、原竜之助「統制と行政法の理論」(昭一九)に資料的価値がある。

説

(六) 丹宗教授は、当時の経済統制法の理解としては、行政法的観点に立つものが、もっとも優れていたとされる(前掲論文一九一頁)。

論

(七) 丹宗教授の論文「経済統制」は、経済統制なる概念が、今日その存在理由を失い、経済法概念の中にその対象を吸収されている事実の論証を試みられたものである。

〔附記〕 本稿は、去る六月一日に開催された昭和四二年度の民主主義科学者協会法律部会総会における報告原稿を原型とするものであるが、引続き、七月二日から東北大学法学部における経済法集中講義の依頼を受けていたので、その、いわば総論的部分に充てるため、右報告原稿を全面的に書き改めたものである。

(昭四二・八)