

公法私法二元論についての一省察

—経済法とくに独占禁止法の法体系中における位置づけの観点から見て—

丹 宗 昭 信

はじめに

- (1) 独禁法（経済法）の憲法上の地位
- (2) 独禁法（経済法）と私（民商法）との関係
- (3) 独禁法（経済法）と公法特に経済行政法との関係

むすび

1 はじめに

本日の報告で、公法私法二元論についての一省察 という大きなテーマを掲げたが、この公法私法の間をめぐらる問題は、その簡単な歴史を辿るだけでも数時間を要する問題である。しかしここでは、独占禁止法の位置づけないし性格づけとの観点からみた公法私法二元論の持つ今日的意義について検討するに止めざるを得ない。

(1) 経済法特に独占禁止法（以下独禁法と略称）の法体系中における位置を考察する意義

伝統的な大陸法（特にドイツ法）では、法律学は基本的に公法私法の二つの法体系から成り立つものと考えられていたといっても差し支えなかろう。敗戦前フランス法の影響を受けて、社会法（労働法、社会保障法、経済法等を含む）という法概念が導入されていたこともあったが、そこでは社会法は単に公法私法の混合法といわれる程度に止まっていた。敗戦後、独禁法や証券取引法等が持ちこまれるに至って、それらの諸法を日本の法体系の中にどのように位置づけるかが、重要な課題となってきた。特に独禁法を経済法の中心に据える考え方からすれば、独禁法をどのように性格づけ位置づけるかにより、経済法の憲法上の位置づけも違って来るからである。1990年前後から世界の社会主義経済体制が崩壊するに至って、経済法学説も、国家万能主義的経済法学説や社会主義的経済法学説は影をひそめ、市場における競争秩序維持法（独禁法）を中心とする経済法が主流を占めるに至った。独禁法を中心に据えて、経済関係諸法を体系的に整理するという事は、いうならば、市場と国家との関係をどういうふに捉えるかという問題に帰着するといっても過言ではあるまい。

資本家による搾取から解放して、国民の自由と福祉を増進するという高邁な理念に支えられて成立した社会主義国家も、共産党の一方独裁による経済運営体制を最善とする制度そのものの誤りにより、70年の歴史を経てあえなく崩壊した。今や、世界は市場経済を中心とする資本主義経済が支配的的制度として定着し、そのグローバル化がさまざまな問題を惹き起こしている。ともあれ、市場経済の基本原理は、自由競争・公正競争の原理であり、その基本原理の上に立った法律が独占禁止法である。そして今や、世界の150ヶ国中の半分以上の国（70数ヶ国）がある種の独禁法を持つに至っており、社会主義国に止まっている中国でさえも公正競争維持法としての独禁法を制定している。中国では私企業がまだ十分に発達していないので、私的独占やカルテルを規制する法律を制定するまでには至っていないが、国有企業の汚職や腐敗を規制する法律や裁判制度は、かなり整備されて来ているようである。それらも広義では一種の経済法と言えなくもない。いずれにしろ、社会主義国家中国でも、経済運営は極力市場原理や競争原理に基いて行なわれようとしている。その影響と経済運営の重要性によるものであろうが、中国の大学での経済法についての関心は非常に高いようである。中国の経済法はともかく、今日世界の大半の国が、市場原理や競争原理による経済運営を基本としようとしていることは注目すべきことである。また5、6年前に、GATTから発展したWTOが国際機関としての世界貿易機構として成立したが、そこでも、ヒト、モノ、カネ、サービスから知的財産権に至るまでの殆どの分野において、競争原理が基本政策として大幅に採り入れられようとしている。国内独禁法ほどではないにしろ、WTOにおいても、関税をはじめとする貿易障壁—数量制限や不公正貿易行為—を取り払い、世界の貿易体制を競争原理を基礎とした自由貿易体制をどのように確立して行くかが、最も重要な課題となってきている。

以上、経済法—市場法・競争法—の今日的状況について述べたが、次に、日本では独禁法（経済法）を法体系のなかにどのように位置づけるべきかを、何故検討する必要があるかについて簡単に考察することにする。

（2） 公法私法二元論における公法概念の意義

少なくとも私の学生時代（1920年代）には、独占禁止法は、行政法学者には行政法に属する法律とされ、私法学者（特に商法学者）には企業法の一部として商法に属する法とされていた。西原〔寛一〕教授は商法と経済法（独禁法を含めて）とは「企業に関する法」として将来融合すべきものと説かれていた（西原寛一教授がその代表）。私法が、私人対私人の権利義務関係を規律する法律であるのに対して、公法は国家対私人の関係を規律する法律と定義されていた。ただ公法私法二元論でいう公法概念はやや複雑であるので、公法概念については少し詳しく歴史的に見ておきたいと思う。日本で公法私法二元論をめぐっ

て論争されたのは、主として私法と行政法との関係においてであったといえよう。広義での公法には、憲法、行政法、刑法その他民事訴訟法等も含まれるが、本稿での公法は主として行政法を意味するものとして論ずる。塩野教授の「オットー・マイヤー行政法学の構造」(1962年有斐閣)に見られるように、ドイツでは絶対君主の権力を制限するために、国家と私人との関係を私法上の権利義務関係に類比して構成されたのが、近代行政法の始まりであるとされている。

明治時代の初期の公法学者、穂積八束教授とその後を継いだ上杉慎吉教授等は、国家権力の絶対性を主張し、私人に対して一方的に命令する権限を有するのが公法であるとした(国権派理論と言われた)のに対して、美濃部達吉、田中二郎、佐々木惣一教授等は、国家権力に対して市民の権利をいかに守るかという観点から、国家と私人との関係を権利義務関係として構成し、法律の認める範囲内において国家は私人の権利を侵害し得る(侵害保留説)とした(法律による行政の原理)。後者は、いわゆる民権学派と呼ばれた。敗戦後の行政法学の主流が民権学派の法理論の延長線上に展開されたことはいうまでもない。田中(二)教授自身が、国家権力対私人の関係においても、私法(私人対私人間の法律関係)として処理する方が妥当であると考えられる分野には私法を適用すべきであるとして管理関係理論を提唱されたのである。かくて公法としての行政法は、そのなかに私法関係をも包含する法体系としての公法として構成されてきたのである。更に今村成和教授は、公法私法二元論的意味での公法=行政法概念は不必要であると主張され、一般私法があって、それに対して行政に必要な限度において行政を規制するための特殊法としての行政法が存在すると考えればよいとされた。かような意味においての公法=行政法概念は、その中に私法的関係をも包含するものとしての公法概念であって、いわゆる国権派的意味での公法概念ではないことに注意する必要がある。それらの歴史的変遷を踏まえた上で、なおかつ日本の行政法=公法概念(公法理論)には問題があるのではないのかということを検討しようというのが、本稿の目的である。

(3) アメリカ反トラスト法違反をめぐる政府訴訟と私人による訴訟

上の(2)で説明したように、今日日本の行政法という公法概念は、国権派の行政法(公法)概念に比べるとかなり相対化されているにも拘わらず、なおかつ大陸法的意味での公法私法二元論的思想を残しているのではないかということを検討するために、アメリカ反トラスト法における行政訴訟と民事訴訟の問題を検討して見たいと考えた次第である。

後掲の資料(M.Handler and Others, Trade Regulation. 3ed. at 109)からもわかる通り、アメリカでは反トラスト法違反をめぐる政府訴訟事件(FTCや司法省反トラスト局による事件)と私人による反トラスト訴訟事件(民事事件)とが併存している。表に

よると、1962年には、政府訴訟が74件、私人による訴訟が2,005件もあり、1971年以降1980年代中頃までは、政府訴訟が100件以内であるのに対して、私人による訴訟は1,000件を超えている。日本では独禁法は、専ら公正取引委員会の担当する行政事件のための法として考えられ、私人による訴訟（民事訴訟）のための法としては考えられて来なかったといつてよい。アメリカでは、反トラスト法は政府訴訟の根拠法であるとともに私人による訴訟（民事訴訟）の根拠法でもあるのに対して、日本では、独禁法は公法として政府訴訟の根拠法としてのみ考えられてきたといつても過言ではなからう。私人による訴訟（民事訴訟）は特殊例外ケースと考えられてきたのである。もちろん、独禁法25条、26条は損害賠償訴訟を認める規定であり、平成12年の法改正により同法24条は私人による差止訴訟を認めることになったが、これまで独禁法違反の民事事件は殆ど無かったに等しい。このように見てくると、(2)で述べたように、公法=行政法概念はかなり相対化されたとはいえ、日本人の法意識の中には公法私法二元論の考え方が今なお根強く残っているように思われてならない。かような見方は私の偏見であろうかという疑念を抱きつつ、独禁法（経済法）の性格とその法体系の中での位置づけの解明のために、以下憲法、民商法、経済行政法と独禁法（経済法）との関係を考察してゆきたいと思う。

1. 独禁法（経済法）の憲法上の地位

(1) 経済法 の概念

最初に、簡単に経済法 の概念を規定しておきたい。何故なら、経済法 の概念についてはいろいろの説があり、経済法 の概念規定のいかんにより、公法私法二元論の理解の仕方も異なるからである。私は、経済法を「独禁法を中心に据えた市場における競争秩序維持法とその例外法（適用除外法）の体系」として規定する。経済法は市場における公正かつ自由な競争秩序維持を基本とするが、競争が能率的な資源配分に適せず、国民経済的観点からも不経済である場合には市場原理による規制の例外として、国家による経済規制を行うべきものとする。経済法は、国民経済的（消費者の利益の）観点から見て、最も効率的な市場原理と国家規制の組み合わせの法体系として構成されるべきものとする。

(2) 経済法（独禁法）の憲法上の位置づけ

経済法を、競争法（独禁法）を中心に据える経済政策立法の体系と規定するとき、独禁法（経済法）は憲法上どのように位置づけられるか？ 従来、独禁法の憲法上の根拠は、憲法29条私的所有権の自由と22条職業選択の自由に求めるのが一般であった。しかし、独禁法の競争（秩序維持）政策は、事業者間の公正かつ自由な競争により、経済活動が活

性化しそのことにより経済発展がもたらされ、それが消費者の利益となり、ひいては国民経済の利益となるという考え方に基づいて採用されている政策である。そしてまた、事業者が公正かつ自由な競争活動を営む限り、大企業や他の事業者の不当な事業活動によって邪魔されたり、市場から排除されたり、潰されたりすることはない、というのが独禁法の考え方である。つまり資本主義経済社会においては、公正かつ自由な経済活動により、自己の生存と自己の人格発展の自由（の権利）が保障されている。その権利を憲法は自由権的基本権や生存権的基本権として保障している。その意味で、独禁法の憲法上の根拠は、単なる 29 条や 22 条のみで無く、憲法 11 条 12 条 13 条 14 条 25 条等の諸規定によっても保障されているとする。市民社会における自己責任の原則と共に、公正かつ自由な競争に基く経済活動を行う限り、独禁法は個人及び事業者の経済活動の自由を保障しているからである。

2. 独禁法（経済法）と私法（民商法）との関係

（1）日米市場関係法の法構造上の性格的差異

ここでいう市場関係法とはどのような法律をいうのか？ 私は、民商法を基礎とし、独禁法や不正競争防止法等の競争法を始めとして、その適用除外法（競争制限を容認する法）その他日本銀行法等など市場経済全体の安定的発展に関係する法律を広く市場関係法として総合的に考えるが、本稿では、主として民商法及び経済行政法と独禁法（経済法）との関係を中心として考察する。

独禁法と私法（民商法）とは果してどのように関係しているのか。先に、アメリカにおける反トラスト法違反事件の件数を資料で見たように、反トラスト法は、FTC や司法省反トラスト局による政府訴訟の根拠法であると同時に私人による差止訴訟や損害賠償訴訟の根拠法でもあるが、政府訴訟件数よりも反トラスト違反の民事訴訟の件数をはるかに多いことを知った。すなわちアメリカでは、反トラスト法は、政府訴訟（国家と私人との関係を規律する法）の根拠法としての公法であると同時に、私人による民事訴訟の根拠法としての私法でもある。大陸法の伝統をひく日本法ではそれはどのように考えられるのか？

これが公法私法二元論の立場からみた独禁法（経済法）の性格ないし位置づけの問題である。

流通系列化の下での再販売価額維持を例として取り上げてみよう。メーカー（或いは元売）A が卸 B—小売 C—消費者 D という流通経路を系列化し、再販売価額維持行為を行っているとする。そして幾つかの他のメーカーも同様に流通系列化をしていて、系列間で相

互に競争しているとする。再販売価額維持が当然違法とされていた時代には、FTC や反トラスト局は反トラスト法違反として提訴し得た。公法としての反トラスト法に違反するからである。それと同時、違法な再販売価額を強要された B や C は、A（場合によっては B）を相手として三倍額損害賠償訴訟を提起し得る。また系列に属さない B の競争事業者 B1, B2 …… 或いは C の競争事業者 C1, C2 …… 更には消費者も、損害を被った当事者（原告）として違法な再販売価額維持業者を相手（被告）とし提訴し得る。反トラスト法違反の再販売価額維持行為は、それによって損害を被った多くの「人」から損害賠償訴訟や差止訴訟を提起され得ることになっている。ここでの反トラスト法は、私人による損害賠償（民事訴訟）等の根拠法となっているわけである。A—B、B—C 間に、違法な再販売価額維持契約が締結されていた場合、それは違法な契約として契約の無効が主張され得る。このような場合日本では、この契約については公法違反の私法行為の効力との問題として論じられてきた。しかしコモン・ローでは、公法私法二元論の発想の下における公法違反の私法行為の効力の問題として論じることはなく、（反トラスト法違反の）私法行為そのものが競争法関係者（当事者適格を有するもの）に損害を与えたか否かを中心として判断すれば足りるとされてきた。私人間の行為が私人間の権利利益そのものに影響を及ぼす限りにおいて問題とされれば充分であり、その限りで、私法上の問題として処理すればそれで済むことと考えられてきたのである。かの有名なダイシーが、英米法には行政法が存在しないことを誇っていたその直後の 1914 年に FTC が、そして 1934 年に SEC が出現したのである。自由主義国家においても、国家の経済への介入が一定程度要請されざるを得なくなってきたからである。しかしそれは、FTC や SEC のような独立行政委員会という形での準司法的行政機関であって、大陸法の許認可権を基礎とした経済規制のための実体行政法ではなく、市場における自由競争・公正競争維持のための規制機関としての準司法的行政機関であり、その法律は行政手続を中心とする手続法であった（もちろん FTC 法 5 条や SEC 法のなかには一定の実体規定が存在した）。日本では、許認可権を基礎として行政庁が経済（市場）をコントロールするための根拠法が経済行政法であったのに対して、アメリカの行政委員会法は市場における自由競争維持のための競争秩序維持法であったのである。アメリカ行政法と日本の経済行政法とは自由市場秩序維持の観点から見た場合、両者はまったく規制の方向を異にする法の体系であったのである。日本の公法＝経済行政法は市場における私人間の経済活動を規制するものとして、私法に優越する法でなければ、経済行政法の存在価値は無かったわけである。

それに対して、同業者間の市場における競争を通じて良質廉価な商品を作り、消費者に安くて良い商品を提供するための競争を確保することが、政府（行政）の任務であると考

えるアメリカ反トラスト法（行政法）とは、その規制方向を全く異にするものであったことはいまでも無い。ここでは、公法（反トラスト法）違反の私人の行為により損害を被った私人が、私人の立場から反トラスト法違反を理由とする損害賠償を請求することは、公法による規制と矛盾すること無しに認められるわけである。公法の私法に対する優越性を特に認める必要性は無いからである。ここに、アメリカ法における公法と私法の連続的構造（私人間の私法から公衆のための公法への連続的性格）が読み取れよう。それに対して、公法私法二元論の立場に立つ法体系の下では、公法と私法とは法原理を異にし、かつ規制対象も異なるものであり、公法の私法に対する優越性が存在するものでなければならないと考えられて来たのである。

（２） 私法（民商法）の競争（秩序維持）法の観点からみた限界

上のアメリカ反トラスト法の例で見たように、反トラスト法は公法＝経済行政法であると共に私法でもあった。独禁法も法律の構成上から見る限り、アメリカ反トラスト法と全く同じである。それにも拘わらず日本では、公法私法二元論の影響から、独禁法違反の民事訴訟においては、公法違反の私法行為の効力いかんということが論ぜられねばならなかった。しかし独禁法は明確に独禁法違反の私法上の行為を禁止している。例えば民法・商法上は適法とされる行為（法律行為や商行為）でも、独禁法が禁止している行為は認められない。例えば価額カルテル（同一価額で販売するという同業者間の契約）やその他独禁法が禁止している契約（法律行為）は認められない。商法上適法な株式取得や企業結合も独禁法の禁止する範囲において認められない（同法 10 条、11 条、14 条、15 条等）。ここでは、公法（独禁法）違反の法律行為の効力は問題とされることはなく、独禁法の条項の解釈問題として処理される。つまり、民法上或いは商法上適法な行為も競争秩序維持という独禁法の観点からは、一定の制限を受けることは当然のこととして認められている。ここでは、公法（独禁法）違反の限界は法律によって明確に規定されている。ところが、独禁法（公法）違反を根拠とする民事訴訟が提起されると、日本の裁判所では俄かに公法違反の私法行為（或いは商行為）の効力が問題とされることになる。なぜか？

（３） 独禁法違反行為に対する民事訴訟による市場秩序維持機能（執行力の確保）

独禁法は私法を前提として成り立っている法律であるが、独禁法違反の私法上の行為は認められない、というのが独禁法の基本的な考え方である。何故ならば、資本主義経済の一般法である私法（民法・商法）を議会が独禁法という（優越的な）公法によって制限し修正しているからであると考えられる。これが公法は私法に優越すると考える日本法的な二元論的考え方である。日本の法律学は、これまで多かれ少なかれこの公法私法二元論的考え方から容易に開放され得なかったといっても過言ではあるまい。アメリカの反トラスト法で

は、政府訴訟の根拠法としての反トラスト法（公法）も私人による民事訴訟の根拠法としての反トラスト法（私法）も、公正競争・自由競争の制限規制を内容とするものであることに変わりはない。その違いは、反トラスト法を根拠として訴訟を提起する主体が、公益の代表としての政府であるのか、反トラスト違反によって損害を被った私人による私益の回復（損害賠償）のための私人による訴訟であるのかの違いに過ぎない。そこでは、公法は私法の延長線上に考えられていて、公法は私法に対して優越する法として二元論的には考えられてはいないということが出来よう。

そして、市場における競争秩序違反を直接規制する役割をおびている政府（FTC や司法省反トラスト局）訴訟と、私人が反トラスト違反によって被った三倍額損害賠償訴訟によって、私益の実現を目指すと共にそれが反トラスト法違反の抑制となるかの違いはあれ、それらが共に反トラスト法の執行力の確保となると考えられていることは間違い無い。ここに、公法違反の私法行為の効力いかんという二元論的法律構成をする日本法とそれを必要としないアメリカ法との性格（考え方）の違いが理解されよう。ともあれ日本法においては、少なくとも独禁法違反を根拠とする私人による訴訟によって独禁法の執行力を確保するという思想は殆んど存在しなかったといつてよかろう。ここにも、独禁法の観点からみた公法私法二元論の限界を見ることが出来よう。

3. 独禁法（経済法）と公法特に経済行政法との関係

公法私法二元論が、主として私法と行政法との関係を中心に展開されてきた議論であったことは、「はじめに」で述べた如くである。敗戦後、戦前の行政法の民主主義的再構成のために多くの行政法学者が様ざまの努力をしてきたことは、高く評価されることである。それでは、そのような民主主義的経済行政法と独禁法を中心におく経済法とは、どのような関係にあるであろうか？

(1) 独禁法（経済法）と経済行政法との関係

敗戦後、経済行政法が民主化されたとはいえ、明治維新以来の殖産興業政策の下で幾多の産業保護政策が採られてきた伝統があること、1929年以降終戦に至るまで日本の経済体制は強度の経済統制法体制の下にあったこと、またそこではそれに対応する経済統制の行政組織と官僚機構が形成されていたことなどを考え併せると、日本の経済行政法が独禁法を中心に据える経済法とは基本的にその性格を異にするものであることは想像に難くないところであろう。

日本の伝統的な経済行政法の主要な内容は、許認可権を中心におく経済（市場）への国

家の介入法であったとあってよかろう。それに対して、(アメリカ)独禁法は市場における公正かつ自由な競争秩序の維持法である。伝統的経済行政法と独禁法とは市場と国家との関係のあり方について、その考え方の方向を全く異にするものである。民主化された行政法が「法律による行政」を基本原則とする法であることはいうまでもない。法律は議会によって制定されるものであり、その法律によって規制される限り(法律による行政)、経済行政法は民主的経済行政法というべきであろう。その意味では、独禁法も議会によって制定され、公正取引委員会という国家機関によって運営されている法律であるという意味では、経済行政法の一つである。それにも拘わらず、経済行政法と独禁法(経済法)とが違った法分科として扱われてきているのは、両法の間、規制目的・規制対象・規制原理といった規制のための法律理論が全く違っているからである。どのように違っているのか？

(A) 規制目的の相違 行政法の規制目的は、「公共の福祉実現のため」(田中二郎)とか「国家目的を達成するため」(佐々木惣一)とか、「行政府の活動に対する民主的コントロールのため」(今村成和)等の目的があげられてきた。それに対して独禁法の目的は、「市場における公正かつ自由な競争秩序維持のため」というより具体的な規制目的と規制対象があげられてきている。(経済)行政法と独禁法を中心とする経済法の規制目的の相違について、ここでこれ以上言及することはやめておく。

(B) 規制対象と規制方法の相違 行政法の規制対象は「行政」であり、行政とは、「国家目的の積極的実現をめざして行われる……継続的国家活動である」(田中)とか、「国家がその目的を達成すべき現実の状態を惹起することに向けて行う活動」(佐々木惣一)である等と規定されてきた。いずれにしろ、明治以来の行政は国家活動の全域に及んでいたため、行政の規制対象が国家目的との関連で幅広く規定されたことは肯定される場所である。それに対して、経済法の規制対象は、「経済循環に関連して生ずる矛盾・困難」(金沢)とか、「独占の進行により自律性を失うに至った資本主義体制」の維持(今村)とかの如く行政法の規制対象に比べると、はるかに狭く具体化された経済現象が規制対象として規定されてきている。私は、経済法の規制対象を「市場における競争秩序維持」と規定する。少し詳しくいえば、資本主義経済市場における自由競争と公正競争秩序の維持が目的であり、それを乱す行為(経済活動)が独禁法の規制対象であると規定する。ここでは、経済行政法と経済法との考え方の違いを理解してもらうことが、主要な目的である。民主化された経済行政法であれ、それがドイツ法的ないしは大陸法的行政法の延長線上にある限り(行政行為論や権力支配理論の線上に有る限り)、自由市場秩序維持を規制対象とし、自由競争制限や公正競争阻害を除去することを規制方法とする独禁法を基本とする

経済法と異なることは当然である。「公正かつ自由な競争秩序維持」が保護法益として法認された段階で、独禁法に違反する行為は違法とされることとなり、行政庁の意思表示によって国民との権利義務関係が形成される行政行為理論がそのまま妥当する領域ではなくなったのである。なぜなら、市場における競争秩序が阻害されたか否かは、行政庁の一方的意思表示（行政処分）によって処理されるような問題ではなく、専門機関たる行政委員会（公正取引委員会）の準司法的手続を経て始めて認定可能な問題とされるに至ったからである。

(C) 規制原理の違い 行政法の規制原理としては、「法律による行政」「公共性の原理」或いは行政作用法の原理とされる「比例原則」等があげられるのに対して、経済法特に独禁法の基本原理は、公正かつ自由な競争原理であることはこれまで繰り返し述べてきた通りである。

(D) 法主体と主要な法理論の違い 行政法は行政庁対人民（私人）という法主体間の関係として把握されるのに対して、経済法の法主体は国家（公正取引委員会や時に行政庁）対事業者ないし事業者団体である。ただし行政法と経済法の法主体の違いは、行政法は国家（行政庁）対人民（私人）間の関係として基本的に二面的構造であるのに対し、経済法特に独禁法の法的関係は基本的に三面的構造の形をとることである。例えば、メーカー対販売業者、メーカー対消費者、販売業者対消費者、或いは競争事業者相互間等など基本的に私人間の取引関係か競争関係者間の関係に対して公正取引委員会や裁判所が時に行政庁が規制主体として関与する構造をとっている。実質的な法律関係の主体は事業者相互間、或いは競争事業者相互間の関係であって、公取委や裁判所はどちらが競争法の違反者であるかを判定する役割を荷っているに過ぎない。行政法は、国家対人民（私人）間の権利義務関係の存否に基づく紛争処理の法であるのに対して、経済法は、取引事業者間、競争事業者間における競争法違反の有無の判定の基準となる法律である。

(E) 行政行為理論の適用範囲の相違 行政法の分野では、裁量を含む行政行為理論が広く妥当してきたのに対して、独禁法を中心とする経済法の分野では、裁量を含む行政行為を極力抑制し、経済法違反か否かの判断を準司法的ないし司法的判断に近づけるようにする法分野であることはこれまで述べてきた通りである。

独禁法（経済法）と経済行政法との性格の相違を明らかにするために、次に、行政庁の経済への介入行為の類型とその法的性格を明らかにしておこう。

(2) 行政庁の経済への介入行為類型と独禁法的規制の異同

これまでの経済行政法の経済（市場）規制の中心が、免許や特許その他の許認可権によるものであったことは改めていうまでもない。それに対して独禁法は、市場における自由

競争・公正競争維持を基本とする法律であり、経済行政法の規制方法ないし介入類型とは大いに異なっている。経済行政法の規制類型の概略を示して、その違いを明らかにしておくことにする。

(A) 行政庁の経済への介入行為類型とその性格 簡単に類型化して示そう。

権力作用としての介入行為—行政立法、行政行為、行政強制

非権力作用としての介入行為—法行為

- (a) 形式的行政行為
- (b) 公契約
- (c) 行政に関する私法行為

事实现為

- (a) 勧告、あっせん、仲裁、行政指導
- (b) 法的拘束力のない計画

伝統的行政法は、行政行為理論を中心に構成されてきたが、戦後行政の社会経済領域への介入の拡大は、権力作用としての行政行為としてのみでなく、非権力作用としての行政の介入行為をも加わって著しく増大した。非権力行政のうち法行為の性格を持つものは、公権力の発動を伴わない形式的法技術な行政庁の行為として、管理行為と呼ばれ（田中二）、私法の適用される領域とされてきた。このように、経済行政法は許認可等の権力行政としてのみならず非権力行政の手法をも用いて経済に介入するための行政法理論を展開してきたのである。これに対して独禁法を中心とする経済法は競争制限や公正競争阻害がなされ無い限り、市場経済に対して国家は介入しないことを原則とする法体系として構成されており、経済行政法とはその性格を全く異にする法律であることはくり返し述べてきた通りである。経済法は市場における自由競争を維持することを目的とするもので、権力的であれ非権力的であれ、市場や経済への介入を目的とする経済行政法とは基本的に異なる。自由主義経済体制の下では、「市場の失敗」をカバーする以外には国家（行政）は介入しない方がよいと考える。何故なら、経済行政法は、許認可権を楯にして自由市場における競争を制限し、そのことにより既存企業の利益を保護することになり、日本経済の活力ある発展を阻害し、加えて競争力の無い既存企業を保護するために政・官・財が提携するといういわゆる政官財の癒着の構造を維持するための法律として機能する側面が拡大しつつあったからである。バブル経済崩壊後の大蔵省はまさにその好例を提供したのである。大蔵省が解体されたのは大蔵省が自ら果たすべき役割を正しく認識し得ず、世界経済の進展に適合できなくなっていたことによるもので、伝統的経済行政法の敗退と言わざるを得まい。

(3) 規制緩和と独禁法（経済法）

経済への国家介入は一般に経済規制と呼ばれる。これまで述べてきたように、経済への国家介入つまり規制には、二種類がある。一つは、日本の伝統的行政法が採用してきた許

認可権等による政府の自由市場経済のコントロール（規制）である。二つは、アメリカにおいて典型的に見られた自由市場における競争制限を行う独占やカルテル等の規制や非競争的市場構造を形成するおそれのある企業結合の規制或いは不公正な取引方法による公正競争の阻害規制等自由市場秩序維持のための規制である。これが、独禁法や不正競争防止法等の競争法による自由競争維持のための規制である。日本では、規制概念をめぐって、この二種類の規制の意味が区別されないままに使用されている場合が少なくない。今日、行政改革と絡んで問題とされている規制緩和は、第一の意味での政府による市場経済への無用な介入に対する規制の緩和撤廃を意味している。それでは今日叫ばれている規制緩和はなにをめざしているのか？ それは、二十世紀の二つ貴重な歴史的経験が、経済運営制度としての市場経済制度の優位性を証明したことによるものである。いうまでも無く、一つは、理念としては素晴らしい社会主義経済体制が崩壊して、中国以外は資本主義体制に戻ってしまったことである。加えて人間を資本主義のくびきから開放するはずであった社会主義政治制度そのものが逆に人間の自由と人権を無視することとなったからである。市場経済制度に多くの問題があることは、多くの人が理解しているところであるが、それにも拘わらずなお市場経済制度が経済運営制度としてのみならず、政治的民主主義制度との関連においても勝っていることが証明されて来たといえるからである。もちろん、市場経済制度の上に立つ政治制度も、各国国民の文化的・教育的レベルの差により様々であることは論ずるまでもない。しかし今や世界は、市場経済体制の上に立って、経済統制的体質を持つ多くの国で規制緩和や規制撤廃を行うことにより、経済の民主化を行おうとしているのである。規制緩和による経済の民主化の達成度は、その国の政治的民主化の成熟度を前提とする場合が少なくない。先ず、規制緩和の正しい意味が理解されなければ、規制緩和は逆の方向に利用される。独禁法による規制はけしからん！というのがその好例である。保護を求める財界は公的資金の引き出しは強く主張するが、独禁法による規制には強く反対する。それは、自由競争を否定し、許認可権による政府の保護を要求する経済行政法の復活・維持の要求であり、明治以来わが国（多くのアジア諸国）に定着した抜きがたい経済的権威依存思想というべきであろう。今日なお日本はその思想から抜け出すことが容易でないようである。二年前に決定された筈の行政改革は、省庁数の削減という形式面での「小さな政府」の考えは進められているが、許認可権の撤廃を伴う経済構造改革や財政構造改革は遅々として進んでいないことが、日本経済の深刻な実情を示しているのである。

(A) 規制緩和（許認可行政の撤廃）と独禁法

これまで見てきたように、伝統的行政法であれ今日の経済行政法であれ、政府（行政庁）

の市場経済への介入—権力作用としてであれ非権力作用としてであれ—を認める原則に立つ限り、独禁法の自由競争の原則とは相容れない。規制緩和とは、経済行政法における主として許認可(権) (もちろん非権力作用としての行政介入をも含めて) の緩和撤廃を意味するものである。その根拠は、経済の効率的運用は自由な市場における企業間競争に任せることがより良い能率を達成できると同時に、国民経済的にも一層効率的であり、消費者の利益にも合致するもという考えに基づいている。かつての金融証券市場では、銀行の設立はいうに及ばず支店一つ作るにも大蔵省の許認可を必要とした。銀行業と保険業との間には垣根が設けられており、事業者の市場参入の自由は認められず、参入には政府の許認可が必要であった。これは政府による経済支配であると同時に既存企業の保護温存であった。既存企業の保護政策であり、競争制限容認の経済統制である。行政指導や行政計画と呼ばれた行政の経済への介入も、その基本適性格においては許認可と殆ど同じ性格のものであったとって差し支えなからう。証券会社の手数料が大蔵省の証券局によって決められていたのは、政府による手数料カルテルであり、行政法的には適法であったろうが、経済法的には競争制限の価額カルテルと同じであった。産業毎の縦割り産業官庁が持っていた許認可権は、政府規制の形を採った産業保護のための権限である場合が多かった。そしてそれにより、経済官庁は産業や企業を支配し、自らの天下り先を確保する手段としても利用出来たのである。行政行為理論の下に組み立てられた経済行政法の体系が、このような法として機能してきたものであったとすれば、市場における公正かつ自由な競争秩序維持を原則とする独禁法とは真正面から抵触するものであることは明らかである。

むすび

話しを公法私法二元論に戻し結びとしたい。上に述べてきた経済行政法の観念は、私人ないし私企業に対して優越する国家対私人の関係を規制する公法概念であったことが理解されよう。規制緩和は、公法私法二元論の上に立った公法概念を独禁法の競争原理によって修正ないし否定することにより、優越的な国家の許認可権を排除することにより、市場における自由競争体制を確立しようとするものである。つまり、独禁法の競争原理を基礎において規制緩和をするということは、あくまで市場が基礎であり中心であって、国家(政治=議会と行政)は市場が最大限の効率性を発揮できるよう、必要な限度において規制することが必要であり、それ以上の国家介入は、自由公正競争経済の効率性・健全性を損なうものであり、消費者の利益にも反するものである。ここでは、公法私法二元論にいう公法の私法に対する優越性は存在しない。ここでは国家はあくまでも、市場という経済

運営の場（競争市場）における公正かつ自由な競争の監視人であり、見張人である。議会は市場における事業活動のルールメイカーであり、裁判所は事業者間の競争法をめぐる紛争の公正な判定者である。このような市場国家の立場に立てば、これまでの経済行政法の役割は半減することになる。市場における公正かつ自由な競争のルールの設定者としての国家、ルールの厳格な判定者としての国家の役割は極めて重要である。しかしそれはいわゆる「小さな政府・安い政府」で足りるのである。橋本内閣の行政改革は、一定程度このような考えに近づいた行政改革案であったと解される。

このように解することにより、独禁法を中心とする経済法は、市場経済規制法の体系として論理一貫した法体系たり得るのである。しかし、公法私法二元論の法意識が意識的無意識的に生きている社会においては、「小さな政府」の法律制度や国家制度が容易に実現できるものでないことも理解され得よう。バブル経済の陶酔から醒めざるを得なくなっている今日こそ、我々の国家や法の有りようを根本的に考え直す最良の機会であると言えるかもしれない。

(資料)

M. Handler, H.M.Blake, R.Pitofsky and H.J.Goldschmid, Trade Regulation (3rd. Foundation Press) at 109~110.

Antitrust cases commenced, 1941-1984

<u>Fiscal year</u>	<u>U.S. government cases</u>	<u>Private cases</u>
1941-1945	181	297
1946-1950	256	529
1951-1955	197	1,045
1956-1960	317	1,163
1961	63	378
1962	74	2,005
1963	77	380
1964	83	363
1965	49	472
1966	48	722
1967	55	543
1968	59	659
1969	57	740
1970	56	877
1971	70	1,445
1972	94	1,299
1973	72	1,125
1974	64	1,230
1975	92	1,375
1976	70	1,504
1977	78	1,611
1978	72	1,435
1979	78	1,234
1980	78	1,457
1981	142	1,292
1982	111	1,037
1983	95	1,192
1984	101	1,100

(2001年3月10日提出)