

経済法における独占禁止法の位置について

飯田, 泰雄
九州大学法学部助手

<https://doi.org/10.15017/1615>

出版情報：法政研究. 37 (1/2), pp.29-61, 1971-01-31. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



經濟法における

独占禁止法の位置について

飯 田 泰 雄

- 一、問題の所在
- 二、經濟法諸理論における独禁法の位置づけ
- 三、独禁法と經濟法体系の再検討
- 四、經濟法における理論法学と実用法学——むすびにかえて

一、問題の所在

戦後日本の經濟法理論における重要な論点の一つは、經濟法の概念をめぐるものであり、⁽¹⁾ 經濟法の概念をめぐる論議は独禁法の原理をいかに經濟法理論に組み込むか、独禁法を經濟法体系の中にいかに位置づけるかによって、大きく分れてくる。經濟に対する国家の統制または干渉の法とする經濟法理論⁽²⁾（以下、經濟干渉法説と呼ぶ。）および独禁法を中心置く經濟法理論⁽³⁾（以下、独禁法||經濟法説と呼ぶ。）はその代表的なものであるが、これらの主な經濟法理論は一九五八年⁽⁴⁾までに出そろっている。

一九六〇年以降、二つの契機から經濟法理論に対する再検討の機運が生じてきた。一つは、「開放經濟体制」下に

における「国際競争力強化」を理由とする大型合併⁽⁵⁾、「特定産業振興法案」⁽⁶⁾、持株会社構想等⁽⁷⁾の問題をめぐっての議論、さらに物価高騰の原因としての管理価格、カルテル価格、再販売価格維持行為等の問題をめぐって独禁法に関する議論が活発となった。これは高度経済成長政策に照応する経済法の直接的対応に関する議論であった。

他の一つは、この独禁法がいかなる性格の法であるのか、経済法の本質や独禁法の位置づけについての一九六五年頃からの議論である⁽⁸⁾。それはまず、講座「現代法」⁽⁸⁾（とくに第七巻「現代法と経済」所収の諸論文）における労作によって口火が切られ、松岡正美⁽⁹⁾、今村成和⁽¹⁰⁾、宮坂富之助⁽¹¹⁾の諸教授によって論ぜられ、またNJ研究会および名古屋民科学研究会⁽¹³⁾もこの問題を、現代日本法のトータルな認識の問題の一つとして論じている。これらは、一九五〇年代後半から本格的な展開を示す戦後日本の国家独占資本主義に対する法理論の側面から接近しようとするものといえる。

本稿は、これらの議論を一応ふまえたうえで、従来の経済法理論における独禁法の位置づけを再検討しようとするものである。本稿が主として検討の対象としたのは独禁法Ⅱ経済法説であるが、その特色を明らかにするために、まず、「二、経済法諸理論における独禁法の位置づけ」において、これと対照的な経済干渉法説における独禁法の位置づけと比較検討する。次に、「三、独禁法と経済法体系の再検討」において、独禁法Ⅱ経済法説について、その理論の前提となっている経済政策全体と独禁政策の関連の捉え方、これらの経済法理論が対象としている経済法現象の範囲、経済法が規制の対象とする「市場『統制』」または、「経済的従属関係」そのものの意義、そこから導かれる「社会的経済基本権」、または「経済的従属者の基本権」などについて検討し、独禁法の経済法としての把握について注意すべき点を二、三指摘する。そして「四、経済法における理論法学と実用法学」において以上で明らかとなった問題点を整理して、結びとしたい。

（1）ジュリスト三〇〇号記念特集「学説展望——法律学の争点——」（一九六四年六月一五日号）にも今村教授によって「経済法の概念」がとりあげられている。

（2）本稿においては、経済干渉法説として、次の節で検討する高田源清教授、金沢良雄教授の経済法理論のほかに、峯村光郎教授の「経済法は国民経済の利益を基礎として、個別経済主体の利益を越える全体的立場から経済生活の調整を企図する統制作用の法秩序である」とする経済法理論（『経済法』三和書房（一九五三年）二四頁）、布村勇二教授の「経済法とは、近代市民法を基礎とする資本主義経済の自動的調節作用の限界あるいは矛盾に対し、国民経済的要求に基づく政策によって、国家の手が調節を加えるもの」とする経済法理論（『経済法——公正競争の法』ミネルヴァ書房（一九六八年）二七頁）、阿久津実氏の「経済法は、あくまで、自由競争を基調としながら、国家権力の介入を最小限に止め、事業者の創意を発揮させ、公正な競争による経済発展を志向するものである」とする経済法理論（『経済法入門』東洋経済新報社（一九六九年）、一九頁）などを含めて考えている。

（3）独禁法——経済法説としては、後に検討する丹宗昭信教授、正田彬教授の経済法理論のほか、田中誠二教授の狭義の経済法（『経済法概説』千倉書房（一九六二年）二九頁）は、その構成において独持のものがあるが、これに含めて考えてよいと思われる。

（4）一九五八年には、経済法学会の機関誌「経済法」が創刊され、これに丹宗教授の「経済法（学）の独自性——『統制』概念による経済法の統一的体系化の試み——」が発表された。他方、雪印乳業とクローバー乳業の合併を、公正取引委員会は、「独占の弊害は考えられない」として認め、独禁法の運用における一つの曲り角の年でもあった。

（5）三菱重工の合併（一九六三年）、日産、プリンスの合併（一九六七年）、富士、八幡の合併（一九六九年）など。

（6）正式法案名は、「特定産業振興臨時措置法案」。一九六三年、等四三回国会に上呈、審議未了、廃案となる。

（7）欧州経済使節団（大屋団長）『産業体制近代化に関する提言』（一九六七年二月）など。

（8）一九六〇年代に至る以前にも、独禁法や経済法の性格をこのような国家独占資本主義との関係で論ずる試みがなかったわけではない。品川登「経済法の理論——わが国における商法と経済法との総合論をめぐって——」（菊池勇夫編『社会法綜説——労働法・社会保障法・経済法——（下）』有斐閣（一九五九年、ただし、品川教授の論文の執筆は一九五四年）所収）は、そのような数少ない論文の一つである。

- (9) 松岡正美「『経済法』理論における問題点——『商法』企業法』論と『独禁法』経済法』論の周辺」(法律時報三九卷六号(一九六七年)二七頁以下)
- (10) 今村成和「経済法について」(北大法学論集一八卷二号(一九六七年)二一五頁以下。後に、『私的独占禁止法の研究(三)』有斐閣(一九六九年)二一八頁以下に収録。)
- (11) 宮坂富之助「現代資本主義と経済法——現代法の一般理論(三)」(法学セミナー一六五号(一九六九年)五八頁以下。後に、片岡昇編『現代法講義』日本評論社(一九七〇年)一七六頁以下に収録。)
- (12) N J 研究会『国家独占資本主義法としての現代日本法をいかに把握するか』(民主主義科学者協会法律部会 一九六七年度春季学術総会討議資料)
- (13) 名古屋民科研究会『現代日本法の国際的条件——「経済と権力をめぐる法的諸問題」』(民主主義科学者協会法律部会 一九六八年度春季学術総会討議資料)

二、経済法諸理論における独禁法の位置づけ

戦後日本の経済法理論は、大きく分けて、経済干渉法説と、独禁法を経済法体系の中心に置き、「市場『統制』」や「経済的従属関係」⁽²⁾を規制する法として構成する独禁法||経済法説がある。これらに含まれない経済法理論、たとえば福光家慶教授の経済法理論⁽³⁾などもあるが、経済法体系における独禁法の位置についての検討という視角から、前記の二つの類型の経済法理論のみをとりあげることとする。

一、経済干渉法説

これに属するのは、今村教授のいう「いわば機能面に重きをおく学説」⁽⁴⁾であり、多くの人々によって支持されている理論であるが、ここでは高田源清教授、金沢良雄教授の経済法理論について検討する。

(一) 高田教授の経済法理論においては、「経済法とは、全国民経済の立場からする拘束経済の法」⁽⁵⁾とされ、「全国民経済的立場から、これ（資本主義経済をさす——引用者）に拘束、制肘を加えて、その政治目的・立法目的に沿うて方向を変えさせようとするものである」⁽⁶⁾とされている。そしてこの「全国民経済的立場」とは、「全国民経済の利益を守ることを目的」とする立場であり、「全国民経済の利益とは、純然たる個の立場でないのみならず、純然たる国家の立場からでもなく、多数の私経済と公経済の統合包摂とでもいふべき個有の利益」⁽⁷⁾と解され、それは、「たとえば戦時中であれば国防経済の防衛確立が当面目標とされ、恐慌時ではその恐慌からの脱却が、終戦後は経済民主化が、そして現在では経済福祉国家の建設が目標」⁽⁸⁾となる。そしてこのような経済の統制は、「(イ)資本主義の内部から自然発生する弊ともいふべき貧富の懸隔、独占の圧迫、各種の社会問題の解決のための統制法と、(ロ)資本主義の日蝕ともいふべき恐慌からの脱却のために、または恐慌を事前に回避するための統制措置、(ハ)国民大衆または全国民経済の利益のためにする社会化または国有化と、資源の開発を為すものとの三系統」⁽⁹⁾に大別される。

すなわち、独禁法は、終戦後の「経済民主化」⁽¹⁰⁾のための統制法であり、独占の圧迫を抑制するための、国家による経済の拘束、制肘（統制または干渉）の法の一つとして位置づけられている。この限りで、独占を容認してその弊害を規制する法制と独禁法制は質的に違いはなく、ともに「独占の圧迫……の解決のための統制法」と解されているのである。

この理論は、戦前の統制経済法ないし統制経済法論との連続性を比較的強くもつものと考えられ、それだけに、戦前の統制経済法の体系を大きくくずすことなく、独禁法を国家による経済の統制の一形態として、消極的に組み込んだのである。しかし、このような独禁法の位置づけは、客観的には政府の経済政策における独禁政策の位置づけに照応し、現実の認識としては、その限りで、正確といえるだろう。

(二) 金沢教授の経済法理論においては、「経済法は、資本主義社会において、それぞれの経済的〓社会的調和要求を、『国家の手』(『見えざる手』の代り)によって満すための法」⁽¹¹⁾とされ、「経済的〓社会的調和要求は、すでに述べたように、その時代、その社会によって、さまざまなあらわれ方をする。市民法(契約の自由)を媒介とする独占の形成に対し、自由競争による生産の向上、消費の豊富化をはかる立場(市民法的秩序の回復)からは、独占禁止が定められ、また、恐慌・不況に対して経済の安定をはかろうとする立場からは、カルテル助長法、需要安定のための法律が要求され、また、インフレの進行や物資の不足から経済の安定を守るためには、物価の抑制や物資の割当に関する法律が定められるであろう。これらの諸法律は、目的、規制方向を異にするとはいえ、いずれも、上述のような本質に照して、経済法として統一的に把握されるのではないかと思う」⁽¹²⁾(傍点は原文)とされている。ここに見られるように、金沢教授においては、独禁法はカルテル助長法などと並んで、経済法の一部門として位置づけられている。(この点については、高田教授の経済法理論に同じ。)そして独禁法は、独占によって破壊された、または破壊されつつある市民法秩序、すなわち競争経済秩序の「国家の手」による回復として認識されている。だが、国家が経済に直接には介入しないことが原則(レッセフェールやチープガヴァメントのスローガンに表現されるように)である市民社会の経済秩序を「国家の手」によって回復するという矛盾に対する理論的考察は、ここでは加えられていない。抽象的な「経済的〓社会的調和要求」という、価値判断において白紙のものが存在することが前提とされ、独占の禁止と助長という、全く相反することがらが「調和」させられることとなる。この「調和」の原理の具体的な内容こそが問題であって、それによって独禁法の位置づけも変わってこよう。

二、独禁法〓経済法説

これに属するのは、戦後、独禁法が制定されたことに強く影響され、戦前の統制経済法中心の経済法体系からの脱皮をめざした理論であって、ここでは丹宗昭信教授、正田彬教授の経済法理論における独禁法の位置づけをみるとし、これの詳しい検討は、次の節で行う。

(一) 丹宗教授の経済法理論においては、経済法は、「市場『統制』」に対する国家の経済政策立法である⁽¹³⁾（傍点は原文）とされ、「市場『統制』」とは、経済市場における『公正な自由競争を排除』する経済行為ないしその結果たる状態をいう。市場『統制』の行われる典型的形態としては、カルテル、トラスト、コンツェルン等があげられる。…（中略）…私が経済法の統一概念としている『統制』概念は、独禁法一条にいう市場活動における『一切の事業活動の不当な拘束』、つまり『公正且つ自由な競争の排除される状態、ないし排除される行為』を意味している⁽¹⁴⁾（傍点は原文）とされているのであるから、「したがって、経済法の法原理、法律技術的構成も独禁法の原理と法技術が中核とされる」⁽¹⁵⁾のは当然である。経済法体系全体は、「独占禁止法系統の自主的『統制』規制の法たる本来の経済法と、（戦時）統制経済法系統の他律的『統制』規制（『統制』の維持、助長をも規制としておく）の法たる伝来的経済法に分つて」⁽¹⁶⁾構成され、独禁法は本来の経済法の中核に位置することとなる。

(二) 正田教授の経済法理論においては、「経済法は、独占資本主義段階に固有な、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」⁽¹⁷⁾とされ、この経済的従属関係とは、自由競争からその内的必然性によって生み出された独占によって、「独占体内部、あるいは独占体と自由競争に敗れた敗者との間には、自由競争関係はもはや存在せず、独占体と関係をもつ各種の非独占者は、まさに独占体に対して、全く従属的地位を占めるにすぎなくなった」⁽¹⁸⁾という事態をさすものである。このような経済的従属関係を規制する法としての経済法の体系は、当然に独禁法が中核となつて構成されるが、「経済的支配者の活動を規制することによって、経済的な従属関係においてそれが恣意的な活動を

行ない、あるいは支配的な経済主体として、その思うままの取引を行うことを規制する⁽¹⁹⁾」経済規制法と、「経済的従属者が、その経済的地位の向上のために行う経済団体の結成を承認することを中心としてあらわれる法制⁽²⁰⁾」としての経済団体法の二つから成る。経済規制法が、主として独禁法であるのはもちろんのことであるが、経済団体法も経済的従属者の団結により、「対等取引権⁽²¹⁾」を実現し、経済的従属関係の是正のためのものとして位置づけられているのである。

次に、この独禁法⁽²²⁾経済法説の検討に移る前に、経済干渉法説にも、独禁法⁽²³⁾経済法説にも属さない二つの経済法理論における独禁法の位置づけについて簡単に見ておこう。

その一つは、今村教授の経済法理論であって、今村教授は、「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⁽²⁴⁾」と定義され、「経済法の特質は、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⁽²⁵⁾」であるとし、経済法の体系化を、⁽²⁶⁾

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

と試みている。この体系では、独禁法は、「(イ)市場構造の規制」に私的独占および不当な取引制限の禁止が、(ロ)の「(a)市場秩序の維持」に公正な取引方法の禁止が位置づけられている。

今村教授の経済法理論は、形式的に分類するならば、経済干渉法説に属するように見える。しかし、経済法の「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として、主として、資本主義経済が市場経済であることに注目してその体系化が試みられている。この点においては、独禁法と経済法説に共通するものがある。

他の一つは、富山康吉教授の経済法理論で、富山教授はかつて正田教授の経済法理論を支持するとされたが、必ずしも同一ではない。富山教授の経済法についての問題意識は、「私的所有の矛盾の展開の論理、つまり私的所有でありながらその社会的性質を増大してゆく論理」で「経済法的現象も解明できるか否か」⁽²⁶⁾というところにあるのであるが、独禁法については、「現在の実定経済法においては、国民の利益に役立ちそうな法の大きなものとしては、独占禁止法しかない」⁽²⁸⁾ようであり、「独占禁止政策は、国民の利益に働く面をもつ現実的な政策」⁽²⁹⁾であって、その限界を充分に認識しつつも、単純に経済的必然と称するものから独禁法を否定すべきでないし、「法的実践の究極の目的となるべきものは法学的に表現すれば、生存権」⁽³⁰⁾であって、その実現のために競争と計画、有効競争と公有化を結合した立体的な政策体系をつくり出してゆかねばならないとする⁽³¹⁾。ここでは経済秩序法の一つとしての独禁法の位置と、他の経済政策立法との関係が示唆されている。

(1) 丹宗昭信「経済法(学)の独自性」(「経済法」創刊号(一九五八年)一二頁以下)ただし、最近の丹宗「経済統制」(田中二郎、原龍之助、柳瀬良幹編『行政法講座第六卷行政作用』有斐閣(一九六六年)一八九～一九〇頁)、「学説百年史・経済法」(ジュリスト四〇〇〇号記念特集・学説百年史(一九六八年)二二五頁)においては、「市場支配の規制」という言葉にいいかえられている。本稿では「市場『統制』の規制」という最初の表現に従う。

- (2) 正田彬「経済法の社会法的性格——その生成と問題点」法学研究二六卷一号（一九五三年）。
- (3) 福光家慶「経済法の概念」神戸法学雑誌三卷二、三号（一九五八年）。
- (4) 今村「経済法の概念」前掲書、三九一頁。
- (5) 高田『日本経済法 上巻』評論社（一九六三年）一頁。
- (6) (7) (8) 高田、前掲書、二頁。
- (9) 高田、前掲書、八頁。
- (10) 独禁法を「経済民主化」のための法として位置づけることは通常行われているところであるが、「経済民主化」を終戦時のみの課題とするところにこの理論の特徴がある。
- (11) (12) 金沢『経済法（法律学全集五二）』有斐閣（一九六一年）二二頁。
- (13) 丹宗「経済法（学）の独自性」前掲書、一五頁。
- (14) 丹宗、前掲書、一七頁。
- (15) 丹宗「学説百年史・経済法」前掲書、二一五頁。
- (16) 丹宗「経済法（学）の独自性」前掲書、一九頁。
- (17) 正田『経済法（改訂版）』日本評論社（一九六八年）三七頁。
- (18) 正田、前掲書、三五頁。
- (19) 正田、前掲書、一二四頁。
- (20) 正田、前掲書、一二五頁。
- (21) 正田、前掲書、四二頁以下。
- (22) 今村『私的独占禁止法の研究（三）』有斐閣（一九六九年）三一〇頁。
- (23) 今村、前掲書、二八八頁。
- (24) 今村、前掲書、二八九頁。
- (25) 富山「経済法の諸問題」（長谷川正安、宮内裕、渡辺洋三編『安保体制と法』三一書房（一九六二年）所収）一六五頁において「経済法の概念および独占禁止法の性格をどうとらえるかについては、ここでは峯村・正田『私的独占禁止法』の見解

に従う、としていた。なお、この論文が『現代資本主義と法の理論』法律文化社（一九六九年）に収録されるにあたり、参考文献の削除に伴い、削除されている。

（26）（27） 富山「法と経済の理論に関する若干の問題」経済法一二号（一九六九年）二四頁。

（28）（29） 富山『現代資本主義と法の理論』三〇九頁。

（30） 富山「法と経済の理論に関する若干の問題」前掲書、二六頁。

（31） 富山「独占禁止法の位置——経済秩序と独禁法——」企業法研究一七〇輯（一九六九年）。

三、独禁法と経済法体系の再検討

現在日本における代表的な経済法理論における独禁法の位置づけをみてきたのであるが、次に独禁法Ⅱ経済法説について立ちいった検討を加えたい。この経済法理論は、戦前・戦中の統制経済法的な経済法理論からの脱却を試み、独禁法の解釈理論としては有効性を発揮し、一定の実践的な意義をもったことは高く評価されねばならぬが、それと同時に、以下に検討するような問題点をも含むものであったのである。

一、経済政策における独禁政策の位置

独禁法Ⅱ経済法説は、現代資本主義国家の経済政策全体の中で、独禁政策に特別な位置を与える。だが、はたして今日の資本主義的経済政の中で、なかならず日本の経済政策の中で独禁政策が支配的地位を占めているというのであろうか。

丹宗教授の経済法理論においては、「経済法を経済政策の法と規定するものであるが、その場合でも、経済政策に

関する諸法律が凡てが経済法ではなく、経済政策に関する諸法律のうちその一部が経済法にすぎない⁽¹⁾とし、「二十世紀独占段階における国家の経済政策には種々なものがあるが、その中で最も重要な経済政策の一つは、独占や市場『統制』に対する国家の政策であろう⁽²⁾」(傍点は引用者)とする。しかし、ここでは、「独占や市場『統制』に対する国家の政策」が、最も重要であるという理由は、明らかにされていないし、最も重要なものの一つであることは認められるとしても、その一つのものに関する法のみをもって経済法とすることの必然性は明らかではない⁽³⁾。

経済法が経済政策立法であって、かつ経済政策立法一般でないとしたら、まず第一に、資本主義経済政策一般の経済政策立法ではなく、資本主義の一定の発展段階の経済政策立法であり、第二に、一定の発展段階においても、その発展段階における経済政策全体を覆う経済政策立法ではなく、その主要部分をカバーするものであるということになる。丹宗教授の経済法理論では、経済法は資本主義の一定の発展段階、すなわち独占資本主義の経済政策立法であり、独占資本主義経済における主要な問題は独占の問題であり、よって独占資本主義段階における独占に対する経済政策立法が経済法であるということになっているようである。ここには、二つの問題が含まれている。第一に、経済法は「独占資本主義段階」の法律といえるかどうかという問題であり、第二に、独占資本主義段階の経済政策の中心が、独占に対する政策と直ちに結びつくかどうかという問題である。

第一の問題については、経済法は、単に独占資本主義段階の法ではなくして、全般的危機に対応した国家独占資本主義⁽⁴⁾(以下、国独資と略記)段階の法として把握されるべきである。国独資というような概念を用いない多くの法律学者も、経済法の発生の基盤としての経済の特徴づけとして、国独資の重要なメルクマールをいくつかあげている⁽⁵⁾し、経済法と呼ばれる法現象が発生し始める時期(通常、第一次世界大戦の戦中・戦後のドイツといわれる。)からいっても、独占資本主義段階一般ではなく、国独資段階の法というべきである。また、法体制全体からいっても、独占

資本主義段階ではなく、国独資段階において新たな再編成が課題となることが指摘されているが、⁽⁶⁾ 経済法の出現もそのような過程の一つとして位置づけられるであろう。

第二の問題については、国家が経済政策上の問題として独占の問題をとり上げる場合の、国家の性格の問題が⁽⁷⁾ 考察されなければならない。資本主義国家は、単に独占が生じ、「経済的従属者」を収奪しているからといったことで独占を抑圧するのではなく、独占資本主義における生産力の発展と生産関係の矛盾によって、資本主義経済の自律性が失われた場合に、これに介入し、これを補強して、またこれによってひきおこされた各階級・各階層の間の矛盾の激化を、抑圧し、調整するために、一定の経済政策を採用するのである。

国独資段階の経済政策は、どのような内容を含むものとなるであろうか。国独資段階においては、資本主義経済が自律性⁽⁸⁾ 自働回復力を喪失し、資本蓄積は国家機構によって補強・維持されねばならず、その結果、国家が経済過程に全面的に介入するようになる。そこにおいてとられる経済政策の主な内容は、経済学的には、

(1) インフレ政策を基軸とする景気回復政策

(2) 独占資本の集積を積極的に援助し、独占間の競争を抑圧し、独占価格の設定、市場割当を遂行させるための強制カルテル政策

(3) 為替管理、高率関税、輸入制限などによって国内市場を保護し、一方平価切り下げによる海外市場の争奪またはブロック経済の結成による支配圏の拡大などの対外的な政策

に分類されるといわれている。⁽⁸⁾ この分類は一般経済政策に関するものであるが、これに特殊経済政策をも含めて、「経済政策と法との関連に着目しつつ」整理した『現代法の学び方』の分類によってみれば

(1) 諸階級・諸階層の利益を一面において保護し、他面において規制する政策（労働政策、社会保障政策、農林漁

業政策、独占政策、中小企業政策など)

(2) 広い意味の貨幣政策であつて、貨幣ないし貨幣を媒介とする市場操作の政策(租税政策、財政および財政投融資政策、金融・貿易政策、その他いわゆる景気調整政策とよばれる諸政策)

(3) 国家企業・公企業に関する政策(私的資本の運動を補充する意味をもっている⁽⁹⁾)に分けられている。

これらの二つの現代資本主義国家の経済政策の分類は、それぞれ分類の視点は異っているが、現代資本主義国家の経済政策をほぼ全体にわたってカバーしているものと見てよいだろう。このように非常に多岐にわたる経済政策は、経済政策立法という法的外被をまとい、もしくは既存の市民法の改正や解釈の変化という形で、法的現象としてあらわれる。もちろん、これらの法的現象は、既存の市民法の分野における問題として処理され、もしくは、すでに法律学上において一定の法分野として確立し、もしくは確立しつつある分野(労働法、社会保障法、税法)などもある。これらの法分野を除いて考えたとしても、前述のような経済政策のうちで、市場「統制」の規制のための政策(規制という言葉に、市場「統制」の維持・助長をも含めて考えるとしても)が、国独資段階における経済政策の主要な部分⁽¹⁰⁾をカバーできるとは考えられない。

正田教授の経済法理論においては、経済政策全体と経済法の関係については直接には触れていないように思われるが、経済的従属関係の規制ということは、結局、独禁政策と中小企業政策ということに帰着し、これらに関する経済政策立法が経済法であるということになるのであろう。これが国独資段階の経済政策のいかに一部分を担うものにすぎないかについては、丹宗教授の経済法理論に関して指摘したと同様のことがあてはまるであろう。

これらの議論は、「市場『統制』を規制する経済政策立法」や、「経済的従属関係を規制する経済政策立法」のみを経済法と呼ぶという主張に対して、もっと経済法という言葉を広く使用すべきだという、単なる言葉の問題のよう

に見えるかもしれない。しかし、これは決して言葉の問題ではなく、独禁政策が現実の経済政策の中でいかなる位置を占め、いかなる意義を持つものであるかという問題であり、丹宗、正田両教授においては、この点が充分に明らかにされていないように思えるのである。

独禁政策が現代の経済政策の主要な部分を必ずしも構成するものではないことは、先にみた通りであるが、独禁政策が現代の経済政策の中において占める意味について次に簡単に検討してみよう。

独禁政策は、さきにあげた国独資段階の経済政策の中で、独占資本の集積を積極的に援助し、独占間の競争を抑圧し、独占価格の設定、市場割当を遂行させるための強制カルテル政策の一部を構成するものにほかならない。独占禁止政策がいかなる意味で独占政策の一部となっているのかといえば、次のとおりである。現代の独占政策は、「独占助長と独占規制という一見あい矛盾する内容をもちながら、全体としてながめれば、つぎのような三つの目的を追求してきたといえよう。その一つは、独占の支配を確保することであり、その二つは、独占の支配の確保からその反面において生ずる矛盾や弊害に対処することであり、その三は、独占資本相互において生ずる矛盾を調整し、利害を調整することである。現在の独占政策は、これらの目的を総合的に追求することによって、総体として独占の利益に奉仕する政策である」⁽¹¹⁾ これらの三つの目的に即して独禁法の内容をみるならば、独禁法第三条でいう私的独占は「独占 (monopoly)」そのものではなく、「独占化 (monopolize)」であって、ここで禁止されているのは市場支配の状態ではなく、市場支配する行為であるといわれるとき、これは反面から考えてみれば既成の独占体の支配的地位を擁護するものとして作用し、第一の目的に奉仕するものといいうるであらうし、再販売価格維持行為（契約）の規制などを含む独禁法第十九条の不公正な取引方法の禁止は第二の目的に、合併やその他企業結合の規制を規定する独禁法第四章の規定、不当な取引制限を禁ずる第三条後段の規定は、その適用除外規定たる第二四条の三、第二四条の四と

ともに第三の目的に奉仕するものといいうるであろう。以上の指摘は例示的なものにすぎず、独禁法自体の本質については後に触れるが、独禁政策が、客観的かつ究極的には以上のような役割を果すものであることを確認しておくことが必要であろう。

二、経済法の対象とする領域について

丹宗教授、正田教授の経済法理論は、それぞれ「市場『統制』の規制」、「経済的従属関係の規制」という原理で対象領域を画するのであるが、その理論構成が、経済政策全体と独禁政策の関連から見ても無理があることは前項において見たとおりである。このことは、その理論構成自体の内部にも現われてきている。ここでは、そのうちで経済法の対象領域に関する次の二つの問題について検討したい。その一つは、統制経済法、独禁法の適用除外規定、適用除外立法（カルテル助長法）の経済法体系における位置づけについてであり、他の一つは、国家企業・公企業に関する法律の経済法体系における位置づけについてである。

(一) まず統制経済法、独禁法の適用除外規定、適用除外立法の位置づけの問題から検討する。丹宗教授は統制経済法を、前にも触れたように、「市場『統制』の規制」という言葉に、「統制」の維持・助長という意味をも含ませることにより、「伝来的経済法」として経済法の体系に位置づける。しかし、「伝来的経済法」なる概念がはなはだ明確性を欠く概念であって、市場「統制」を維持・助長し、「公共性」あるいは「公共の福祉」の原理に導かれる法が「伝来的経済法」であるとするならば、独禁法の適用除外規定、適用除外立法は、「伝来的経済法」ということになりそうなのだが、「本来的経済法」の中に分類されている⁽¹³⁾。

独禁法が存在しなかった戦前の日本には、伝来的経済法（経済法の前史）しかなかったということになるが、「カ

ルテルやトラストに対する抑制原理を知らなかった戦前の日本では、今日の経済法理論が成立する基盤は存在しなかった⁽¹⁴⁾とするのであるから、戦前の日本には経済法はなかったといってもよいのだろうか。「本来的经济法」と「伝来的经济法」は、原理的に全く相反するものであって、「本来的经济法」が真の经济法であるとすれば、「伝来的经济法」は经济法ではないといわねばならないのではなからうか。

以上のことを念頭において具体的検討に入ることとする。まず、統制经济法のうちで、カルテル助長法などを除く、「国家の権力的直接的統制」といわれる法令（食糧管理法、物価統制令、地代家賃統制令など）については、「価格統制や地代家賃統制も、市場支配力を有する（公正な競争を阻害する者をも含む）或は支配力を有する恐れのある者を、経済的弱者保護のために、国家が権力的に規制しようとするもので、基本的には経済法的構造を有するものと理解しうると思う⁽¹⁵⁾」（傍点は原文）としている。しかし、物資の不足や過剰、深刻なインフレーションなどのために、国民経済に混乱をきたすことに、国家権力が直接的に介入することは「放置すれば生産者や業者（卸売業者や販売業者）の市場支配の可能性を生ずるか、不正な取引方法による取引が行われる恐れが生ずる⁽¹⁶⁾」（傍点は原文）からではなく、国民経済における混乱（これは単に市場支配や不正な取引方法が行われるから生ずるのではなく、むしろそれらは物資の不足や過剰、インフレーションなどの結果であって、かつその混乱を加重するものである⁽¹⁷⁾）から、市場支配や不正な取引方法だけを規制しても問題は解決されない⁽¹⁷⁾を防ぐためである。

カルテル助長法は、今日においては独禁法の適用除外規定その他の適用除外立法として存在するのであるが、これらのカルテル助長法を経済法体系のなかにいかに位置づけるかという問題に対し、丹宗教授は、「独禁法の適用除外立法ないし適用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⁽¹⁸⁾」と論理のすりかえのような解答を示しているが、これは前述の「本来的经济法」と「伝来的经济法」という本来的に相容れないものを同一の概念で括ろう⁽¹⁹⁾

とした論理的な矛盾のあらわれではないだろうか。

正田教授の経済法理論からは、一見、戦時統制経済法はもちろん、統制経済法は経済法の範疇に入らないとされるかのように見える。しかし、戦時経済法については、「経済法の範疇に厳密な意味で入りえない」⁽²⁰⁾としながら、「戦前、あるいは戦時中の経済法制は、経済法としてきわめて変則的な性格のものであるということができるが、わが国経済法の発生過程におけるこのような特質が、経済的従属関係の成立、独占段階の成立と同時に、独占体のための経済法としての変則的な経済法を、いち早く登場せしめた原因であるといえよう」⁽²¹⁾（傍点は引用者）として、戦前から、戦時経済法（ここでは国家総動員法などを指す）を除く統制経済法を、「変則的な経済法」とし捉えようとしている。ここでも丹宗教授について指摘したと同様のことが指摘できる。すなわち、経済的従属関係を規制し、経済的従属者の権利を実現する本来の経済法に対して、「独占体が経済の支配権を確保すると同時に、独占体自体が、国民経済の運行を円滑にし、自己の利益を確保するため」⁽²²⁾の法である統制経済法をも「変則的な経済法」⁽²³⁾としているのであって、全く相反する原理をもつ二つの法分野（正田教授の経済法理論によればそうなるはずの二つの法分野）を経済法という名前を冠せて説明しようとしているのである。この矛盾がその理論構成における欠陥から派生しているものであることも、丹宗教授の経済法理論の場合と同様である。

独禁法の適用除外規定および適用除外立法については、「独占禁止法秩序を前提として『公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限する』行為を承認するための理論的根拠は存在するか」⁽²⁴⁾といえ、⁽²⁵⁾「現行秩序においては正当づけるような理論的根拠は、存在しない」とし、「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られない法制度が認められるべきでない」⁽²⁶⁾とする。このような理論構成では、独禁法の緩和または後退として捉えられる適用除外規定および適用除外立法は、「独占禁止法の具体化の一つのあらわれ」ではない

から、経済法ではないというか、もしくは「変則的な経済法」でしかないというべきことになるであろう。

(二) 次に公企業の問題⁽²⁷⁾について検討を加えることにする。丹宗教授は、「公企業形態によって、国が経済活動を行う場合、国家の経済政策の遂行の一環として、市場支配的経済活動を行う場合が予想されるが、その場合に右にのべた『国家の直接的権力的統制』といわれる現象と同じような現象が起るならば、その限度で経済法的考察の対象に取り入れるべきである⁽²⁸⁾」として「営団・公団や公社による市場『統制』規制の形態（市場『統制』規制に関する限度で経済法に入る）」は、「伝来的経済法」のなかに位置づけられている⁽²⁹⁾。ところで、さきほどもふれたように、「伝来的経済法」は、「公共性」あるいは「公共の福祉」を指導原理とするもので、「資本支配の私的な性格のゆえに実質的には（金融）独占資本の利潤確保のための法たらざるを得ない⁽³⁰⁾」とされるのであるが、公企業に関する法は、おしなべてこのような本質を持つものだと思われるのであろうか、それとも、従来の公企業に関する法制度がすべて「独占資本の利潤確保のための法」であったから「伝来的経済法」に分類されているにすぎないのであろうか。

しかし、丹宗教授は、経済法のなかに公企業に関する法を含めることには消極的である。さきに引いた公企業についての文章のあとを次のように続ける。「しかし、特殊企業形態による経済活動の規制の問題は、経済法としてよりも公企業法として体系化することが適當であろう⁽³¹⁾」これは丹宗教授の経済法理論からいって当然でくる結論であろう。なぜなら、「市場『統制』」という概念では公企業に関する法を捉えることは困難であり、前掲の丹宗教授の公企業に関する法を経済法として捉えることが可能だとした説明に対しても、「国家の直接的権力的統制」が経済法として捉えうるとした説明に対する批判が妥当するであろうからである。とくに今日、「重要産業部門の国有化とその民主的管理」の問題が国際労働運動（とくにフランス、イタリアなど）において提起されているとき、これに答えうる理論は、「市場『統制』の規制」という構成から期待しえないように思われる。ただここで注意しておく必要がある

るのは、丹宗教授の経済法理論においては、「市場『統制』の規制の法」という規定によって、一見非常に狭い範囲を対象領域として切りとっているように見えながら、「国家の直接的権力的統制」が経済法に含まれることの説明に使われた論理、すなわち、市場「統制」の可能性に対する規制という論理を媒介とするならば、ほとんど全ての、いわゆる「経済法現象」をその対象領域に含みうるであろうということである。しかし、それが広い範囲を含めば含むほど、明快に説かれたはずの経済法の定義や指導原理も曖昧となるのである。

正田教授の場合は、公企業については一切ふれられておらず、当然に経済法には含まれないとされるもののように理解されるが、このような分野と経済法の関係は明らかにする必要があるものではなからうか。

三、経済的従属関係について

正田教授の経済法理論の中核的な位置を占めているのが、この「経済的従属関係」の概念である。これは、「独占段階に達した資本主義社会において、最も基本的な社会的人間関係は、独占体と非独占者との間の関係として成立してくる経済的な支配服従の関係である。この支配服従関係は、独占体の形成を頂点として、競争体制にかわるものとしてあらわれる体制的従属関係を典型とする⁽³³⁾」とされるのであるが、経済的従属関係、支配服従関係の内容を検討すると次のような問題があることがわかる。すなわち、独占体の間にも優劣の関係があり、経済力における優劣があつてかつ何らかの経済的関係があれば独占体間の支配服従関係、収奪関係も成り立ちうる。独占体と中小企業の間にはもちろん、中小企業等と消費者との間にも支配服従関係がある。そうするとより強大な経済力をもつものが他の劣位のものを支配し服従せしめているのであって、この従属的経済関係は最大の独占と消費者の両極だけが固定されていて、前者は一方的に支配し収奪するだけで、後者は一方的に服従し、収奪されるだけの存在であるが、その中間には

より優位のものに服従しながら、より劣位のものを支配している無数の段階が存在することになる。しかもここでの消費者とは、個人的な生活手段の消費者であって、企業（個人企業を含む）が原料や機械などの生産手段を購入して生産的に消費するものは含まれない。そうすると独占体はほんの一部であって、大部分は何らかの意味で経済的従属者ということになる。しかもその経済的従属者の中でも、中小企業（通常の観念からすれば大企業に属するものでも、経済的従属者となる可能性は充分あるが）と個人的消費者という、対立する側面をもち、実態において著しく性格を異にするものが含まれている。この経済的従属関係の、独占体から個人的消費者までの系列は、単に、独占体→中小企業→消費者といった一直線のものではなく、服従しつつ他を支配する関係は非常に複雑な関係を形づくっているのである。

他方、個人的消費者は、一応全てが支配され服従するのみの存在として考えてきたのであるが、この個人的消費者もその階層的側面から見ると、労働者、農民、その他の勤労者、中小企業家、資本家等々、全階級、全階層が含まれている。もちろん、その圧倒的な多数は労働者、農民、その他の勤労者であるが、全ての国民は一面においては消費者なのである。このように考えてくれば、「個人間において支配服従関係が成立して、個人の人格に対する実質的な侵害が発生し、同時にそれが経済的被支配者の生存権、生活権を脅かすというところに、経済的従属関係を規制する基本的な原理として、被支配者の生存権、生活権に支えられた、実質的平等への要求に対応する法的な現象の成立するゆえんがある」という指摘は抽象的であって、単に、「国民経済において、非独占者の占める具体的な地位によって、基本的な同質性を含みながら、現象形態面においては必ずしも同一であるということができない」（傍点は引用者）として片づけられるものではない。非独占者の内部においてすら対立を含むものであるのに、これを非独占者という抽象概念で括ることは実践的にも有効とは思えないのである。

この正田教授の経済法理論の構成は、労働法理論の「従属労働」の概念になぞらえて構想されたものであるが、⁽³⁶⁾以上に検討した経済的従属関係における把握の抽象性は、経済法における人間像の分裂（独占体、非独占者、中小企業者、消費者など）、経済的従属者の基本権の内容の不明確性、抽象性をもたらしっていると考えられる。⁽³⁷⁾

丹宗教授の経済法理論においては、経済的従属関係についてはあまり詳細に展開されていないが、「『統制』関係の社会経済的意義」として、「市場『統制』を『統制』の主體的側面（人的側面）より考察してゆけば、市場『統制』の両極に現われる主体は、経済的強者（『統制』者）と経済的弱者（被『統制』者）の間のいわば「経済的従属関係」として把握される（これは、ジンツハイマーが、労働法の基礎的実体を「従属労働」関係において把握したのに類比される。かような市場『統制』の主体は、大体において独占企業者ないし企業者集団〔大企業者を始め中小企業者（例・商工組合）や農業者集団（農業組合）等々〕であろうし、市場『統制』の他極に現われる被『統制』者は、一般消費者大衆（独禁法一条）であるのが普通であるが、しかしある時は、中小企業者（独占企業者に対し）等々の弱小の企業者集団たることもある」⁽³⁸⁾として、正田教授の場合とほぼ同様の捉え方がなされている。そして、最近の論文においては、正田教授の経済的従属者の基本権に照応する「国民（一般消費者や中小企業者を含めて）が独占によって不当に抑圧されたり搾取されたりしないで、"ノーマルな経済活動を営みうべき権利"であって、これは大企業による『経済権力の濫用』を国家に抑制させる権利」である「狭義の社会権的経済基本権」を提唱している。⁽³⁹⁾しかし、この「国民」が「一般消費者や中小企業者」を含むのは当然としても、これから「独占企業」を排除できる論理構造をもつものでなければ、「独占企業」にも「ノーマルな経済活動」を保障すること（「独占企業」の「ノーマルな経済活動」は非独占者の搾取であり、収奪である）になりかねない。この意味で、このような生存権的基本権の構成は、もっと個別的、具体的たらざるをえないのではなからうか。

四、独禁法の本質把握と経済法

以上において独禁法―経済法説を検討することにより、この経済法理論における独禁法の位置づけを考察してきたのであるが、ここでは独禁法の経済法としての意味について、二、三仮説的に述べてみたい。

(一) 周知のように、日本の独禁法はアメリカのシャーマン法 (Sherman Act) およびクレイトン法 (Clayton Act) を継受したものであり、アメリカの反トラスト法はコモンロー法の独占 (monopoly)、不当な取引制限 (restraint of trade) の禁止などの原則の「発展」として理解されている。しかし、法理論上の系譜から、その規制対象たる経済的実体から切り離された、独禁法理論の「発展・展開」⁽⁴⁰⁾ を考えることは必ずしも妥当ではないであろう。なぜならば、同じ独占の禁止、不当な取引制限の規制といっても、それらの法が規制の対象とする「独占」や「不当な取引制限」の性質が異ってくるからである。すなわち、イギリスにおいて最初に独占が問題となるのは、いわゆる初期独占⁽⁴¹⁾ であり、これはむしろ近代資本主義の発展によって克服され、消滅していくような性格のものであった。この初期独占に対抗する法理論として、産業ブルジョアジーの絶対主義的経済政策との抗争の中で形成されてきたのが独占禁止の法理にほかならない。

コモンローを母国から受け継いだアメリカにおいて、一九世紀後半に至り急激な企業集中が進行し、これに対する農民を主体とするグレンジャー・ムーブメント (Granger Movement) にみられるような独占資本とその他の階級、階層との矛盾・衝突が顕著となる。そこで、独占の規制の法理としてのコモンロー上の独占の禁止や不当な取引制限の禁止の原則などが、裁判所で適用されるケースがでてきたし、各州においても反独占法を制定する例が出現した。そして一八九〇年、連邦法としてのシャーマン法が制定⁽⁴²⁾ される。シャーマン法が規制の対象とするのは、もちろん初

期独占ではなく、近代資本主義的独占である。そこで、法技術的構成のうえからみればほとんど同一で、沿革的にも明らかになつたがりをもつにもかかわらず、コモンロー上の反独占法理とシャーマン法などの反トラスト法は、その性格を異にするものといわねばならない。すなわち、同じ「独占の禁止」という法理論であっても、その規制の対象とする「独占」の性格が異なり、それぞれの経済政策上の位置づけも根本的に異なるのである。

シャーマン法とクレイトン法の間には、若干の性格の相異が見られる。すなわち、シャーマン法は基本的性格としては刑事法として立法されたのに対して、クレイトン法は連邦取引委員会法 (Federal Trade Commission Act) とともに成立し、連邦取引委員会の管轄となっている点である。

しかし、経済政策上の役割という点からみるならば、アメリカの反トラスト法は、一九二九年の大恐慌、これの克服のためのニューディール政策、とくに一九三三年のニラ法 (National Industrial Recovery Act, NIRA) によってその機能を停止するまでの期間は、実質的にはほとんど重要な機能を果していないといえる。⁽⁴³⁾ 一八九〇—一九三三年の間の反トラスト法の存在意義は、独占資本に対する国民の反感を鎮めるといふイデオロギー的機能が最も重要なものとさえいえることができるであろう。アメリカにおいて反トラスト法が今日の意味で重視され始めるのは一九三八年のルーズベルトの反独占教書以来のことである。そしてこの時期はまさに、アメリカにおける国家独占資本主義の成立期に符合している。この時期において反トラスト政策 (その法的外被としての反トラスト法) は、国家独占資本主義の経済政策の一環として組み入れられたのである。この段階において反トラスト法の抽象性は、独占と独占、個別独占と総資本、独占と中小企業、独占と消費者などの間の利害の調整のための経済政策の外被として、その規範の解釈として、具体的に時々、様々の経済政策をより込みうるものとして役立つ。その意味では、国独資段階の資本主義国家の経済政策としての、一定の範囲での普遍性を獲得する。これが、戦後において、アメリカが他の資本主義諸国と

比較を絶する圧倒的地位に立ち、経済的、政治的、イデオロギー的に指導的役割を果すようになったことを背景として、各国における独禁法の制定ということを実現していくのである。⁽¹⁴⁾

(二) 日本が戦後において継受したのは、まさにこのような国独資経済政策の一つとしての独禁政策であり、独禁法だったのである。もちろん、日本が独禁法を制定するにあたっては、敗戦後の特殊な条件に規定されている。すなわち、ポツダム宣言にいう軍国主義の基礎となった経済秩序の破壊と平和的・民主的経済秩序の建設、GHQによってその具体化としての降伏初期の対日方針の中にもられた、アメリカの対抗者としての日本独占資本の解体という特殊な目的とともに、第二次世界大戦後の世界資本主義市場のアメリカ独占資本による制圧という条件の下で、アメリカ的経済民主主義としての独禁法制が導入されたのである。すなわち、日本が独禁法制を導入したことの第一の意義は、独占的企業の国有化⁽⁴⁵⁾の方向を拒否したこと、第二に、このようにして導入された独禁法は、国独資経済政策の一環として機能する可能性をもったものであったことである（原始独禁法は、国独資経済政策の一環として機能するに⁽⁴⁶⁾は障害となる条項を多くもっていたが、これは制定の際の事情にもとづくもので、次々にそのような障害はとり除かれた）。

(三) 独禁法の基本的性格を明確にするためには、「経済民主化」とは何であったのかが明らかにされなければならない。これを簡単にいえば、日本がアメリカに対して戦争を遂行する能力を剝奪するという意味での非軍事化、日本資本主義の後進性からくる経済構造（独占体制）の非合理性を除去するという意味での近代化、国民による独占体の統制という意味での国有化・社会化に反対する役割を担った反独占であったといえるであろう。

このような「経済民主化」の限界を明確にせずに、独禁法に定着させられた「経済民主化」の理念を絶対化するところから、独禁法＝経済法説にみられるような経済法体系における二元論的把握が生れてくる。日本の法体系を把握

する場合、憲法体系と安保法体系という二元論的把握が試みられているが、あたかもこれに照応するもののように経済法においても、独禁法⁴⁶と経済法説においては、独禁法制と反(もしくは非)独禁法制とを対立させ、「本来的経済法」と「伝来的経済法」もしくは「経済法」と「変則的経済法」というように二元論的に捉えられている。憲法体系と安保法体系という場合の二元論と経済法における二元論的把握に共通するのは、その実践的性格である。すなわち、憲法体系と安保法体系の二元論の場合には、憲法の平和的・民主的原理に対して、安保条約、自衛隊法等々が矛盾する存在であることを明らかにして、これを批判していくという、きわめて実践的・運動論的視点から提起されている。同様に経済法における二元論的把握も、戦後日本の経済秩序の基本法として制定された独禁法制を擁護し、カルテル、トラスト、財閥などの復活と、これを許容する法律や行政に対する鋭い批判原理としての実践的性格をもっていた。しかし、憲法体系と安保法体系の対置の場合とその対立の構造が異り、「経済民主化」がさきに述べたように戦後民主主義の一般的宣言たる日本国憲法の場合以上に制約をうけたものであったため、それだけ有効性の範囲も限定されているといわねばならない。⁴⁷

(1)(2) 丹宗「経済法(学)の独自性」前掲書、一四頁。

(3) 金沢『経済法』一五頁および一七頁の注(一一)。正田『経済法』一七頁。今村教授はこれらの批判に必ずしも同調しないとする(『経済法の概念』前掲書、三九一頁)。「市場『統制』」とは「市場支配のことであり(丹宗「経済統制」前掲書、一八九、一九〇頁)、これに対する国家の規制が経済法であるとすることは、「経済法の目的乃至機能は、法的手段をもって、市場経済に対し、何らかの規制を加えることにある」(今村『私的独占禁止法の研究(三)』二八九頁、傍点は引用者。)とする今村教授の立場と矛盾しないとするものであろうか。

(4) 国家独占資本主義の意義については、宇佐美誠次郎、宇高基輔、島恭彦編『マルクス経済学講座3 国家独占資本主義論』有斐閣(一九六三年)、池上惇『国家独占資本主義論』有斐閣(一九六五年)など参照。

- (5) 高田『日本経済法 上巻』七頁以下、金沢『経済法』一頁以下など参照。
- (6) 稲本洋之助「資本主義法の歴史的分析に関する覚書」法律時報三八卷一二号（一九六六年）、稲本洋之助「法の歴史的分析」（片岡昇編『現代法講義』所収）
- (7) この点はとくに宮坂富之助「現代資本主義と経済法」（前掲書所収）によって指摘されている。
- (8) 山本秀雄「資本主義の全般的危機と経済政策」（山中篤太郎、豊崎稔監修『経済政策講座2 経済政策の史的展開』有斐閣（一九六四年）二三二―三四頁。
- (9) 野村平爾・戒能通孝・沼田稲次郎・渡辺洋三編『現代法の学び方』岩波書店（一九六九年）一五一―一五二頁。
- (10) 産業組織論の立場に立つと思われる越後和典教授でさえ、「アメリカの反トラスト政策が経済問題の領域にとどまらず反トラスト法の解釈をめぐる法律的・行政的諸問題や競争制度の優位性に関する政治哲学上の問題を含んだ複雑にして包括的な、同国の公共経済（Public economic policy）の最も重要とはいえないが、しかし主要な一部門を形成していることは諸家の指摘するとおりである。」（越後和典『反独占政策論——アメリカの反トラスト政策』ミネルヴァ書房（一九六五年）一頁、傍点は引用者。）と述べている。アメリカよりさらに独禁政策の歴史も浅く比重の軽い日本においては、「主要な一部門」であるかどうかとも疑わしい。
- (11) 野村他編『現代法の学び方』一六四―一六五頁。
- (12) 今村成和『独占禁止法（法律学全集五二）』有斐閣（一九六一年）四七頁。
- (13) 丹宗「経済法（学）の独自性」前掲書二二頁の経済法関係の諸法律の分類図。
- (14) 丹宗「経済統制」前掲書、一九九頁。
- (15) 丹宗、前掲論文、二〇六頁。
- (16) 丹宗、前掲論文、二〇五頁。
- (17) 今村『私的独占禁止法の研究（三）』二九二頁参照。
- (18) 丹宗「経済統制」前掲書、二〇四頁。
- (19) この点の批判の詳細については今村、前掲書、二九八―三〇一頁。
- (20) 正田『経済法』五七頁。

(21) 正田、前掲書、四一頁。ここで「変則的」という意味は、個別的従属関係および体制的従属関係という経済的従属関係は、すでに形成されているのに経済的従属者の基本権を実現する法制度が存在しなかったから「変則的」というのであるか。

(22) 正田、前掲書、四一頁。

(23) 今村教授は、「正田教授の概念規定によれば、経済統制法は、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、含まれないことになる。」(今村、前掲書、二九一頁)としているが、「今日の経済法体系」には含まれないとしても、「変則的な経済法」の体系には含まれるのであろうし、正田教授の経済法理論においては、「変則的な経済法」は現在でも存在していることになるのではなからうか。

(24)(25)(26) 正田、前掲書、二八六頁。

(27) 独禁法Ⅱ経済法説においては、統制経済法、適用除外法、公企業関係法の問題のほかに、財政・金融・貿易・資源開発・地域開発等々の経済政策立法は全く対象に入っていないという問題がある。しかし、これは、前項で検討したところでその問題点は明らかになったものと考ええる。ここでは、この経済法理論の理論構成の問題点を明らかにするために、独禁法の適用除外法、統制経済法、公企業関係法をとりあげた。

(28) 丹宗「経済統制」前掲書、二〇七頁。

(29) 丹宗「経済法(学)の独自性」前掲書、二二頁。

(30) 丹宗、前掲論文、二〇頁。

(31) 丹宗「経済統制」前掲書、二〇七頁。

(32) 向笠良一「民主的国有化をめざす闘争の諸問題」(堀江正規編『労働組合運動の理論 第七巻 社会変革と労働組合』大月書店(一九七〇年)二二三頁以下)参照。

(33) 正田『経済法』三五頁。

(34) 正田、前掲書、四三頁。

(35) 正田、前掲書、四四頁。

- (36) 正田「労働法と経済法の関係についての試論」労働法二四号（一九六四年）参照。
- (37) 正田教授は、『法と経済』（法律文化社・一九七〇年）において、富山教授とともに中小企業や消費者などについての法を具体的にとり扱い、基本的に正田教授の経済法理論を支持する木元錦哉教授は、『現代資本主義と経済法』新評論（一九七〇年）において中小企業、消費者などについての法の分析をしているが、ここで指摘した点は克服されているとは思われない。
- (38) 丹宗「経済法（学）の独自性」前掲書、一七頁。
- (39) 丹宗「経済法——狭義の社会権の経済基本権への基礎づけ——」ジュリスト・基礎法学シリーズⅡ『現代の法理論』（一九七〇年）二五八頁。
- (40) 一般に、教科書などではそうした説明がなされがちである。Earl W. Kintner, *An Antitrust Primer*, 1864.
- (41) 初期独占の性格については、例えば大塚久雄「初期資本主義における所謂『独占』に就いて」『近代資本主義の系譜』（増訂版）弘文堂（一九五一年）などを参照。なお、岡田与好「営業の自由」と、『独占』および『団結』（東京大学社会科学研究所編『基本的人権5各論Ⅱ』東京大学出版会（一九六九年）所収）も参照。
- (42) コモンロー上の独占、取引制限の法理とアメリカの反トラスト法との関係については、大隅健一郎「英米コンモン・ローにおける独占及び取引制限（一）、（二）」法学論叢五三巻五、六号、五四卷一、二号（一九四七年）、田中和夫「英米法における取引制限の法理」季刊法律学三号（一九四八年）^{*} Harry Aubrey Toulmin, *A Treatise on the Anti-Trust Laws of the United States*, vol. 1, 1949. Hans B. Thovelli, *The Federal Antitrust Policy*, 1955. など参照。
- (43) 今村成和『私的独占禁止法の研究（一）』有斐閣（一九五六年）四三頁以下。
- (44) N.J.研究会『国家独占資本主義法としての現代日本法をいかに把握するか』は、同様の現象を次のように分析する。
「『私的』独占禁止法の存在は、独占段階においては、一方において、階級矛盾の隠蔽政策としての役割を果たすと共に、他方において、先発企業たる独占体の『相対的承認』を担保するものであり、これに対して国独資段階においては、一方においては、『国家』独占（国有企業）に道を開くとともに（とりわけイタリヤを想起せよ）、他方においては、国家の経済政策的観点から特定の独占体を保護育成するという新たな役割を担うものであり、さらにこれを徹底すれば、国家権力は、その長期的総合的経済政策を遂行する上から、独占形成の自由を私的独占体から奪って自己の掌中におさめ、あたかも自由競争

を媒介として独占が形成されることの対偶に位置する論理で、独禁法を媒介として、独占の『絶対的承認』に向うというパラドックスを生ぜしめるものと考えられる。したがって、独禁法は、独占形成法として機能するというパラドキシカルな意味において、そしてその限りにおいてのみ『経済法』であるといえる。」(同書二五―二六頁)

(45) この方向が直ちに社会主義化に結びつくわけではないが、下からの労働者、農民の運動の盛り上がりいかんによっては、社会主義化の方向に向う可能性はあったし、ポツダム宣言はこれをも容認するものであった。

(46) 法体系二元論については、稲本洋之助「法体系二元論についてのノート」季刊現代法二号(一九七〇年)、影山日出彌「現代国家の法体制」(片岡編『現代法講義』所収)参照。

(47) 富山康吉「独占禁止法の位置——経済秩序と独禁法——」企業法研究一七〇輯(一九六九年)参照。

四、経済法における理論法学と実用法学——むすびにかえて

以上の検討から、丹宗教授や正田教授の「市場『統制』の規制」や「経済的従属関係の規制」という概念で捉えうる内容は、直接的には、今村教授の経済法の部門の分類でいえば、「直接の市場規制」の「(イ)市場構造の規制」と「(ロ)市場行動の規制」のうちの「(a)市場秩序の維持」に含まれるもの、すなわち独禁法の三つの柱、私的独占、不当な取引制限、不公正な取引方法の規制に帰着する。端的にいえば、丹宗教授や正田教授の経済法理論は独禁法の理論であるということが出来る。そして、事実、丹宗、正田両教授が具体的に展開しえた経済法の分野は、独禁法の分野に限られていたのである。

丹宗、正田教授に代表される独禁法＝経済法説が、独禁法の理論が貫徹しない分野の説明を試みた場合には、すてきたように、「本来の経済法」と「伝来的経済法」、「経済法」と「変則的経済法」という「二つの経済法」⁽³⁾を説かざるを得なくなり、その統一的体系性を崩さざるをえなくなっている。

独禁法Ⅱ経済法説は、独禁法の解釈理論としての有効性はもちえたとしても、全体的な経済法理論としては様々の矛盾を含み、また、「国家の経済に対する統制または干渉の法」として経済法を捉える高田教授、金沢教授などの経済法理論は、それに含みうる対象領域は包括的であるが、経済法の各分野についての位置づけは並列的であり、解釈理論としての実用法学的な有効性は少ないのではないだろうか。

渡辺洋三教授の次の指摘は、この問題についての解決の方向を示唆するもののように思える。

「国家の経済社会への介入が全面的、積極的となるに依りて、保護と規制の対象、目的、方向、方法はきわめて多面的にひろがり、分裂し、到底これを単一の原理では包摂しえなくなる。これらの法現象が、伝統的市民法原理では説明がつかないのはもとよりとして、積極的に新しい法原理で統一すべき契機はこの中には存在しない。」

経済法は、独占、中小企業、農漁民、消費者等のそれぞれの異質の経済的利益を保護、規制し、その相互の関係を規律し、利益を調整するものであつて、もしこれらのすべてに共通する要素を抽象的に取りだすとすると、それは、資本主義経済秩序の国家による強制維持、したがってその資本主義経済を支配し、その維持をのぞむ独占資本の支配利益の維持ということにつきる。これは、経済法の社会科学の本質ないし社会経済的機能を説明するものとしては正しい。しかし、これは、経済法の法体系、法原理の実用法学的説明にはならない。実用法学的観点からは、むしろ、統一的説明は不可能なのである。⁽⁵⁾（傍点は原文）

この指摘は、丹宗教授の批判⁽⁶⁾にもかかわらず、事態の本質を正確にしていると思われる。

そこで、結論的に述べれば、独禁法Ⅱ経済法説は、経済法理論一般としてではなく、むしろ独禁法そのものの理論として、さらに具体的に展開されるべきではなからうか。この面に関しては、丹宗、正田教授の経済法理論は一定の

有効性をもってきたし、今後も独禁法制が存続するかぎり、もちうると思われる。さらに実用法学の分野においては、中小企業、農漁民、消費者などの経済法弱者の権利を擁護する理論の展開がなされねばならず（これは、独禁法のみのカヴァーしうる範囲を越えるものである）、いわゆる「社会化」の問題が、公企業の問題とともに実用法学（立法、解釈を含めての）の課題にのぼるのも、そう遠いことではないかもしれない。

理論法学の面の課題としては、すでに宮坂教授によって、国家の経済への介入の構造と論理の把握、経済法における国家論の問題が提起されている。⁽⁸⁾ 経済政策の主体としての国家の性格の問題、経済政策を具体的に遂行していく国家の経済機構の実証的な分析とともに、「法の政策化」⁽⁹⁾ という言葉で表現されている、法の経済への作用の仕方の変化の問題等々の理論的な問題が、実用法学的な課題の遂行のためにも緊急に必要となってきた。

(1) 今村『私的独占禁止法の研究(三)』二八九頁。

(2) 「経済法の法原理、法律技術的構成も独禁法の原理と法技術的構成が中核とされる」(丹宗「学説百年史、経済法」前掲書、二二五頁)ということではなく、独禁法のみしか有効射程距離の範囲内にはないかということである。

(3) 富山「経済法の諸問題」『現代資本主義と法の理論』一三二頁。

(4) 本稿では、丹宗教授、正田教授の経済法理論については、それが単なる解釈理論として述べられているだけでなく、客観的認識の問題としても述べられているものとして取り扱ってきた。丹宗教授の場合は「経済法(学)の独自性」において、「市場『統制』」の法社会学的分析(法社会学的とは、認識の問題として取り扱っているということであろう)について述べられているし、正田教授の場合は、「法社会学的」分析を試みたと思われる『現代法と経済』の中に収められた論文にも同一の理論的立場が採られているので、このように取り扱うことが妥当であると考えたのである。ついでに言えば、私は認識と実践(法解釈)を機械的に分離することには反対であるが、認識から直ちに実践の原理は導き出せないと考える。丹宗、正田教授の経済法理論においては、これが無媒介的に結合されているように思える。

(5) 渡辺洋三「近代市民法の変動と問題」(小林直樹編『現代法第一巻 現代法の展開』岩波書店(一九六五年))九九～一〇〇

○頁。

- (6) 丹宗「書評・小林直樹編『現代法の展開』」法律時報三七卷一〇号（一九六五年）一一七頁。
- (7) ここで独禁法そのものとは、独禁法のほかに、「下請代金払遅延等防止法」「不当景品類及び不当表示防止法」などを含めて考えている。
- (8) 宮坂「現代資本主義と経済法」前掲書、一八四～一八五頁。
- (9) 片岡編『現代法講義』八四頁以下、一九四頁以下参照。