

憲法上の「営業の自由」と経済政策立法

— 独占禁止法の目的と営業の自由に対する制約との関係 —

小野田 昌 彦

は じ め に

法学と経済学とが交錯する学際分野の一角に経済政策立法をめぐる学問領域が存在し、その中心に「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（以下、独禁法）が位置する。同法第1条は立法目的を詳細に掲げており、そこでは競争構造を核とする経済秩序に対する阻害要因を除去する意図を内容としている。そこで、その阻害要因を除去するために独禁法が採用する手段は、憲法上保障されている営業の自由に対してどのような制約を加えることとなるのか、またその制約はいかなる理念によって立つものなのか、が問題になる。他方、営業の自由に関する明文の保障規定をもたない現行憲法をめぐる、解釈論上いくつかの論争がある。

本稿は、現行日本国憲法の体系の中で、「営業の自由」がいかなる形で保障され、またそれに対する制約はどのような形で行なわれるかを概観し、あわせて憲法上の積極的、政策的制約と「独占禁止政策」との関わり合いに言及することを内容とする。なおこれは、経済政策立法なканずく独禁法の根幹を貫く理念が奈辺にあるかを探究する道程の第一歩に相当するものである。

I. 憲法上の「営業の自由」

1. 保障および条文上の根拠

(1) 「営業の自由」の概念

「営業の自由」という用語は、大別して二つの観点から整理をして用いる必要がある。先ず第一に、実質的意味と形式的意味との使い分けである。実質的意味の営業の自由とは、実生活全般の中で営まれる自由の一つとしてとらえられるもので、人間行動の一形態としての意味である。これに対して、形式的意味の営業の自由とは、まさしく国家権力からの自由を意味する。営業行動に対する国家権力からの干渉ないし侵害を、排除する法的な保障である。法律上の論争の際には、言うまでもなくこの形式的意味が問題となる。

第二に、営業の自由の内容を広狭二義からとらえる。狭義の営業の自由とは、営業自体を行使する自由を意味し、営業開始の自由、開始した営業を維持ないし存続させる自由、営業を廃止する自由がこれにあたる。広義の営業の自由とは、狭義に加えて、営業の維持ないし存続を具体的に活動として行なう自由、すなわち現に営業している者が任意にその営

業活動を行ない得る自由を意味する。憲法上の保障論および制約論は、近代市民国家における経済活動の場での営業活動を問題とするため、広義の営業の自由を中心に展開する。

(2) 「営業の自由」の憲法上の保障

現行日本国憲法は、近代市民法の理念に基づく市民的な権利および自由を人権カタログに列挙している。それらは、近代市民革命の主旨と過去の歴史的経験にかんがみて、人権侵害の典型的な類型を章典化したものである。この中には、営業の自由を保障する明文はない。なにゆえに現行憲法が近代市民法の中核たる権利の一つである営業の自由を明文をもって規定しなかったかについては、本稿の主旨ではないので、ここでは論及しない。

営業の自由の憲法上の根拠については、第22条第1項と第29条第1項・第2項とを中心とする論争⁽¹⁾がある。第22条第1項は、「何人も、公共の福祉に反しない限り、……職業選択の自由を有する」と規定する。営業の自由の根拠をこの条項に求める見解⁽²⁾が、通説とされる。これに対して、第29条の財産権保障の規定をもって根拠とする見解⁽³⁾、ならびに第22条および第29条の両者をもって根拠とする見解⁽⁴⁾が並立する。第22条と第29条とを関連づける見解を要約すると、一方には、前述の営業の自由の内容をめぐる広狭二義を基に、第22条を狭義の営業の自由の根拠ととらえ、第29条を広く営業活動の自由の根拠ととらえる見方が存在し、もう一方には、その反対に、第29条を現行法制上の基本的な経済構造として静態的に営業活動を含む経済活動全般の自由を保障する根拠と解し、さらにその具体的な表現として、個人の自由としての動態的な側面を保障したのが第22条である、とする見方が存在するように思われる。

第29条第1項は、「財産権は、これを侵してはならない」と規定する。本条は、一般に、個々の国民の財産権が国家権力によって侵害されないことを保障する自由権としての意味と、および国家の経済制度の基本秩序として私有財産制を制度的に保障する意味との、二つの目的を内容とする、と解釈される⁽⁵⁾。これは、個々の国民の権利ないし自由を保障する「人権」としての意味に加えて、その人権の保障を強化する理論的な裏付けを具体的な制度に置き換えて解釈論を展開するものである。現行憲法は、わが国の基本的な経済構造について、所有権を中心とする財産権保障が私的所有を核とし、経済活動の場において自己の能力を自由に発揮できる自由主義を基本理念とする。そこに私有財産の集合体である「資本」の存在を前提とした資本主義経済体制が容認され、またその基本体制を下部構造とする国家および憲法体制が存続することとなる。

「営業の自由」は、単に、ある特定の職業を選択し、それを行使ないし維持し、さらにいつでも止めることを、国家権力を始め何人からも介入、干渉、侵害されることなく自由になし得ることを保障して足りるものではない。営業の自由は、本来、富（資本）の蓄積

を目的とする利益追求手段としての経済活動を行行使する一環に帰属する。したがって、先ず「経済活動の自由」の憲法上の位置付けが問題となり、その中での「（広義の）営業（活動）の自由」が認識されねばならない。営業を行行使する経済活動の自由は、前述の如く、第29条に基づく財産権行使の自由に含まれる。第22条にいわゆる職業選択（ないしそれに関わる一連）の自由は、精神的自由の側面をも含めて、経済制度の基本秩序のいかんを問わず、基本的な枠や一定の制約は免れないにしても、いかなる国家体制の下においても保障される基本的人権の一つである。それに対して、営業の自由は、初めから一定の基本的な経済構造を大前提として、その上での個々人ないし法人の経済的諸活動をとらえて、その論拠が見究められねばならない。したがって、営業の自由は第29条から解釈されることとなる。要約すれば、憲法上の営業の自由は、第一にある特定の職業ないし営業活動を選択する自由とそれに対する制約、第二にその選択したものを具体的に行行使する自由とそれに対する制約、第三に個々の経済活動を包括する基本的な経済構造ないし経済秩序との関係において一定の枠組を前提とする問題、に分かれる⁽⁶⁾。

2. 営業の自由に対する憲法上の制約

(1) 「公共の福祉」による制約

第12条後段は、「又、国民は、これ（→この憲法が国民に保障する自由及び権利）を濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」と規定する。また、第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。これら二箇条は、現行憲法の権利章典のいわば総論部分にあたり、人権体系全体を包括する一般的、抽象的な基本的人権を保障し、あわせて、人権を行行使する際に付随する一定の制約に服さざるを得ないことを内容とする。したがって、いわば各論部分にあたる個々の人権規定は、保障に関する基本理念とともに、総論規定に内在する制約を引継ぐこととなる。

第29条第2項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定する。この条項は、所有権を中心とする経済活動の自由が根幹をなした近代市民法から、社会権の思想を盛り込んだ現代法への「法の社会化」に伴って、財産権に対する法的価値評価の変遷の軌跡を表したものである。同条第1項と第2項との関係については、第1項が所有権の絶対不可侵を理念とする近代法をそのまま踏襲し、それに対して第2項が法の社会化現象を導入したものなのか、それとも第1項の財産権そのものが前述の軌跡を受けて変質を遂げ、第2項はそれを重ねて明文化したに過ぎないのか、は論争のあるところである。この議論は、財産権に対する制約をどのように評価し、制約の

限界をどこに引くかにかかってくる。

第22条および第29条は、いずれも「公共の福祉」との調和を求める文言が挿入されている。第12条および第13条から派生する個々の人権保障規定は、すべてその中に「公共の福祉」による制約を内在的に、いわば遺伝子的に有している。第22条および第29条も、第12条および第13条の各論的規定であり、当然その内在的制約に服するものである。ならば、「公共の福祉」が重ねて規定されている主旨をどのように解すべきであろうか。

第12条および第13条の「公共の福祉」を「内在的制約」と解し、それに対して第22条および第29条の「公共の福祉」を「政策的制約」と解するのが一般的である。前述の法の社会化に伴って、とりわけ経済的自由は社会との調和が求められ、個々の権利自由内に在する制約に加えて、重ねて政策的な見地からの制約にも服すべきものとの考え方に立っている、とされる。いわば、制約の二重構造の中で経済的自由をとらえている。しかし、このとらえ方に対して、最近、これら二つの制約が「同質の制約」として二重構造を採っていると見ることにについて疑問を抱き始めた。むしろ、「公共の福祉」なる同じ用語を採用しながら、経済的活動に加えられる制約には当初から内在的なものとは「異質の制約」があるのではなかろうか、と考え始めるに至った。

(2) 「営業の自由」に対する制約の態様

「営業の自由」に対する制約の態様を、「営業をすることの自由」と「営業活動を行なう自由」とに分けて、それぞれを概観する。

① 営業をすることの自由に対する制約は、一つには、個人または個々人の集団を基準として、その従事し得る職業の範囲を限定する場合、二つには、ある特定の職業を対象として、それへの参加を制限または禁止する場合、が考えられる。このうちの前者は、前近代的な身分制度への回帰と同視し得るものであって、近代憲法の人権保障理念とは相容れないものである。後者は、さらに次の類型に分かれる。

② ある特定の職業への参加資格を制限することで、営業をすることをいわば「消極的に制約」するものには、社会的な弊害の防止からする資格や一定の専門知識を基にした法的資格を要するとされるものがある。

③ ある特定の職業への参加者を制限することで、営業をすることをいわば「積極的に制約」するものには、ある種の公共的な性質の強い事業への参加は国の特許を受けた者に限定される場合や、公共衛生や風俗取締等の公共的見地から許可制度に基づく公権力による規制に服する場合がある。

④ ある特定の職業の選択を全面的または原則的に禁止するものには、当該事業の公共的な性質に照らしあるいは国家的統一の要請に応えるためや、国家ないし公共団体の一定の

収入を確保するために、国家ないし公共団体の独占事業とされるものがある。

② 営業活動を行なう自由に対する制約は、一つには、営業を行なうこと自体に対して加えられる制限であり、二つには、営業行為に対して加えられる制限である。

④ 前者は、さらに、当該営業の特殊性に応じて制限が加えられるものと、営業活動から発生する害悪の種類に応じた制限が加えられるものとに分けられる。

⑤ 後者も、さらに、価格統制や販売統制、貸金利子の規制のように営業行為の種類に応じた制限と、当該営業活動自体に加えられる制限とに分けられる。独占禁止法や不正競争防止法は、後者に属する。

Ⅱ. 「営業の自由」に対する積極的な目的ないし理由に基づく制約

1. 制約の積極性の内容

ここにいう「営業の自由」に対する「積極的な制約」とは、ある特定の職業については、それを選択し従事しようとする者に対して、その者の適格性の問題とは関係なく、当該職業の属する市場のおかれている事情を理由に、当該市場への新規参入が拒否される可能性を含む規定が設けられている場合を言う。前述の「消極的な制約」の場合には、一定の要件を具備し適格性を得ることによって当該市場への参入は可能となる。当該職業を遂行するには一定の技量や専門知識が必要とされるのは、職業選択の自由に伴随する内在的な制約である。これに対して、積極的な制約の場合は、政策的な配慮が立法内容に反映したものであって、営業の自由が極めて強い制約の下に置かれるかないしは全面的に排除されるに等しい結果を惹起することとなる。この場合、基本的人権としての経済的自由に対する憲法的評価の如何によっては、憲法適合性に関する明確な合理的根拠が求められる。すなわち、経済的自由が、法の社会化の波に洗われていかに変容を遂げたのかが問題となるのである。

現行法制上、積極的な制約に該当する態様は三つに大別される。第一は競争市場における競争制限を目的として加えられる制約、第二は当該市場構造においては競争原理を導入することが不適切であるため、市場への新規参入に関して企業に加えられる制約、第三はある特殊な事由に基づき特定の企業にのみ営業が認められる場合である。第一の場合には、開業に際してその中に「競争制限条項が盛り込まれた一定の許可基準」が設けられていることを意味する。第二の場合は開業に伴う「特許制」、第三の場合は「指定制」である。本稿は、第一の競争制限的許可基準による積極的な制約を考察する。

2. 競争制限的な許可基準

ある特定の営業に従事しようとする際に、競争制限的な許可基準に基づく開業規制が存

在する場合には、「あらかじめ供給過剰を防止する目的でなされる場合」、「当該市場において新規参入業者から既存業者の権益を保護しようとする目的でなされる場合」、および「同一ないし競合市場における経済的弱者の保護を目的とする場合」が考えられる。

(1) 供給制限を目的とする制約

石油業法第4条は、「石油精製業を行なおうとする者は、通商産業省令で定めるところにより、通商産業大臣の許可を受けなければならない」とし、同法第6条は、「通商産業大臣は、第4条許可の申請が次の各号に適合していると認めるときでなければ、同条の許可をしてはならない。一、その許可をすることによって特定設備の処理能力が石油供給計画に照らして著しく過大にならないこと。二、その事業を適確に遂行するに足りる経理的基礎及び技術的能力があること。三、その他その事業計画の内容が石油の安定的かつ低廉な供給を確保するため適切であること」と規定する。

また、航空機製造事業法は、航空機および航空機用機器の製造および修理の事業の事業活動を行なおうとする者に対しても、石油業法と近似した許可要件と許可基準を規定している。

石油業および航空機製造業は、いずれも巨大な生産設備を要し、当初から大企業による事業遂行が前提になっている。限られた少数の事業主が、投下した設備投資の回収と市場支配を目的としてしのぎをけずる結果、ともすれば生産過剰に陥りがちになり、また生産原価の低減を図って過剰な設備投資と悪循環を繰り返すこととなる。その一方、製品ないし商品の性質上、その時々々の環境や状況に応じて需給関係が不確定な要素に支配されがちである。したがって、商品の安定供給および供給者の安全経営の確保を図るためには、経済政策の観点からどうしても既存の大企業の利益擁護の傾向にならざるを得ない。

(2) 既存業者の保護を目的とする制約

酒税法は、その第9条が酒類の販売を業としようとする者に対して、販売場（予定地）の所轄税務署長の免許（講学上の許可）を受けることを開業要件としており、さらに第10条の免許要件によると、「酒税の保全上酒類の需給の均衡を維持する必要があるため酒類の製造免許又は酒類の販売免許を与えることが適当でないと認められる場合」には「免許を与えないことができる」と規定されている。

また、たばこ事業法は、製造たばこの小売販売業についても、開業は大蔵大臣の許可を受けなければならない、その許可基準として第23条は「営業所の位置が製造たばこの小売販売を業として行うのに不適當である場合として大蔵省令で定める場合であるとき」には許可をされないと規定する。

上記の二法はいずれも、当該市場への新規参入業者に対して、既存業者の事業地からの

一定の距離制限を設ける内容である。これは、いわゆる「適正配置基準」に基づく開業規制であり、財政政策の見地からの競争制限を目的とするものである。

かつて、公衆浴場法が定めた距離制限による適正配置規制をめぐる、争いがあった。同法第2条は、その第1項が「業として公衆浴場を経営しようとする者は、……都道府県知事の許可を受けなければならない」とし、第2項は「都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適当であると認めるとき又はその設置の場所が配置の適正を欠くと認めるときは、前項の許可を与えないことができる」、第3項は「前項の設置の場所の配置の基準については、都道府県が条例で、これを定める」と規定する。事件は、H県において知事の許可を受けずに公衆浴場業を営んだがために起訴された被告人が法第2条第1項違反の有罪判決を言い渡されたというものである。控訴審判決も同主旨であったために、被告人（控訴人）は、開業の許可制自体は憲法第22条の職業選択の自由に反する、公衆浴場法に基づく県条例の距離制限規定は公共の福祉に反する場合でないのに職業選択の自由を制限するもので違憲である、当該県条例が一定の距離内では原則として公衆浴場の新設を許さないことにしているのは、許可を原則とし不許可を例外としている公衆浴場法の建前に反し、より多く職業選択の自由を制限するのみならず、法律の範囲内で条例を制定できるとする憲法第94条にも違反する、と主張して上告した。最高裁判所昭和30年1月26日大法廷判決は、「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要な欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に任せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来すおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来すおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従って、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来すに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであって、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法22条に違反するものとは認められない」と判示した。

公衆浴場法に関する最高裁判決は、公衆浴場の適正配置規制目的を距離制限によるものとした立法趣旨を、偏在による国民の利用不便を招くことの防止と、濫立が過当競争を惹起し経営の悪化につながり衛生設備の低下を招くことの防止、すなわち国民保健と環境衛生の保持にあるとしている。これは、公共の福祉の内容から言えば、「消極的ないし警察

的な規制」にあたると見られる。これに対しては、学説上、現行憲法が自由主義経済に立脚する自由競争を基調とするがゆえに、経済的自由に対してもその制約は極力必要最小限度にとどめるべきであり、同法の規制の目的が消極的警察的規制であるならば、距離制限という規制手段はその合理性を論証し難い、と批判されてきた⁽⁷⁾。さらに、規制目的の中に公共性の要素を汲み取ったとしても、それ以上に、既設浴場業者の経営の悪化防止が当面の立法趣旨と考えられ、あわせて浴場利用人口と浴場数との需給関係の均衡の保持がうかがわれる。もしそうだとするならば、立法趣旨が消極的警察的規制を目的としながら、そこで採用される手段が「積極的ないし政策的な規制」のために用いられるものである限りは、合理的とはいえない。これに関しては、立法の目的および手段の整合性をめぐって、消極的警察的規制か積極的政策規制かの択一的なとらえ方ではなく、憲法が保障する職業選択の自由ないし営業の自由は、自由主義経済を基調とする自由競争の社会の中でのみ意義を有するものなのか、それとも同業者同士の両立と調和を図り、ひいては国民一般の利益（公共の福祉）に寄与することを併せ考えつつ、権利の保障と相互の調整を導き出すことは解釈論上可能であろうか。この問題は、自由競争の維持が憲法上の人権制約の限界論の枠内でとらえられ、同業者の共存共栄が独禁法第1条の立法目的に掲げられているところである。すなわち、独禁法の存在は、憲法の人権保障規定に対する制約立法なのか、それとも職業選択ないし営業の自由にはそれなりの特殊な背景と意味とがあり、独禁法はむしろその権利自由の理念を実現し保障の強化に貢献すべきものなのか、である。

公衆浴場法の適正配置基準をめぐる論争は、薬局開設の許可基準を定めた薬事法に関する最高裁判所昭和50年4月30日大法廷判決に引継がれた。昭和38年7月改正の薬事法第6条は、その第2項が配置の適正を欠くと認める場合には薬局開設の許可を与えないことができるとし、第4項がその配置基準は都道府県条例で定めるとした。これに基づいて制定されたH県条例は既存の薬局から「おおむね100メートル」との距離制限規定を設けた。原告の薬局開設の許可申請に対して、知事は薬事法および県条例の定める配置基準に適合しないとして不許可処分をした。そこで原告は、薬局開設の距離制限を定める薬事法および県条例は憲法第22条に反することを主たる理由に処分の取消を求めて出訴した。第一審、第二審ともに原告敗訴。同旨の主張で上告。最高裁大法廷判決の要旨は、以下の通りである。「職業は、……その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたる」、これらに対する規制措置は「これを一律に論ずることができず、

具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量した上で慎重に決定されなければならない」、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」、薬局開設に伴う「適正配置基準は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり……薬局等の経営の保護というような社会政策的ないし経済政策的目的は右の適正配置基準の意図するところではない」、「右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法22条1項に違反するものとはいえない。問題は、果たして、右のような必要性和合理性の存在を認めることができるかどうか、である」、「被上告人（→知事）の指摘する薬局等の偏在－競争激化－一部薬局等の経営の不安定－不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによって右の必要性和合理性を肯定するに足りず」、薬事法第6条第2項・第4項は、憲法第22条第1項に違反し、無効である。

この薬事法違憲判決はわが国においては数少ない違憲判決の一つであり、判決後速やかに同法から適正配置基準に関する一連の規定の削除改正がなされた。職業選択の自由に対する規制をめぐる議論は、これまで最高裁判所判決も学説上も大勢が消極的規制と積極的規制とを区分し、目的と手段（方法）との二側面からとらえる論理を主たる判断基準としてきた⁽⁸⁾。それは、一つには、裁判所が消極的警察的規制は社会公共の安全や衛生のための規制であるから司法権としての判断権を容易に行使しうるのに対して、積極的政策的規制は極めて政策的な配慮に基づく立法ないし行政裁量が前提にあるために判断権行使が不相当である場合が少なくないこと、二つには、社会権規定との調和から国家権力は経済的弱者に対する保護を責務とし、その弱者救済の手段はおおむね社会政策、経済政策の見地から積極的規制として現れることが多く、この点に関しては立法部の裁量が広く認められるのに対して、消極的な規制の目的のために採りうる手段は必要最小限度にとどめるべき

であるとする一定の司法的判断が可能なこと、などが理由として考えられる⁽⁹⁾。

しかし思うに、前述した通り、消極的警察的規制と積極的政策規制とは、その目的が本質的に異なる以上、採りうる手段も当然異なることになり、それらをめぐる司法判断の範囲と限界も自ら異なると考えるべきである。これは、制約の区分に基づく二段階構造論ではなく、本質的区分論に立脚する提言である。つまり、積極的政策規制としての供給制限や適正配置基準、および次に述べる経済的弱者の保護などの問題は、憲法上の人権保障規定に対する制約論の中で把握するのか、それとも人権の本質そのものに関わることなのか、である。またさらに、ここに言う憲法上の政策的規制と反独占立法による独占ないし寡占に対する規制とは、同一水準の問題なのか、それとも憲法上の人権制約論は個々人の権利自由とその制約の議論であり、独禁法は社会企業という法人にのみ限定された経済活動の自由とその規制の問題なのか、が問われる。もし後者の考え方に立つと憲法上の権利には個人（自然人）と法人とに保障の態様が異なると見てよいのか、も問題となってくる。これは、ひとり職業選択の自由や営業の自由などの個々の行為を中心とするとなえ方にとどまらず、ひろく経済をめぐる人間の行動と社会全体との関わりを問題とするべきではなかろうか、というのがこの提言に関わる問題である。

(3) 経済的弱者の保護を目的とする制約

旧百貨店法は、その第3条が百貨店業の開業に許可制を採用し、第5条は「その百貨店業の事業活動が中小商業の事業活動に影響を及ぼし、中小商業者の利益を著しく害するおそれがあると認めるときは、同条（→第3条）の許可をしてはならない」と規定し、第6条が支店の新設や売場の拡張にも同様の制限を置いていた。この旧法は昭和49年3月施行の「大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律」（略称、大店法）に改正された。同法第1条は「この法律は、消費者の利益の保護に配慮しつつ、大規模小売店舗における小売業の事業活動を調整することにより、その周辺の中小小売業の事業活動の機会を適正に確保し、小売業の正常な発達を図り、もって国民経済の健全な進展に資することを目的とする」と規定する。

小売商業調整特別措置法第3条第1項は、政令で指定する市の区域内において、一つの建物を10以上の小売商の店舗の用に供するため、貸付または譲渡する場合で、かつ、これらの店舗の中に必ず政令で指定する物品（野菜、生鮮魚介類）を販売する店舗が含まれる小売市場の開設にあたっては、都道府県知事による許可規制の下におかれる、と規定する。また、同法第5条は、過当競争の防止や貸付条件等の制限などを許可基準としている。この法律の憲法適合性が争われた事例がある。被告人A会社は市場経営を業とし、被告人BはAの代表者であった。Bは、知事の許可を受けずに指定区域内に店舗数49の平家建一棟

を建設し、小売市場とするために小売商人47人に店舗を貸付けた。AおよびBが同法違反で起訴された。第一審、第二審ともに有罪。そこで、許可規制および距離制限は自由競争を基調とするわが国の経済体制に背反し、既存業者の独占的利潤追求に奉仕するものであるから、憲法第22条第1項に違反する、と主張して上告した。最高裁判所昭和47年11月22日大法廷判決は、以下の通り判示した。「憲法22条1項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものということができる」、「個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ許容するところと解するのが相当である」、「社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまづはかない。というのは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であって、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるというべきであるからである。したがって、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理で

あることの明白である場合に限り、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である」、「本件についてみると、本法は、立法当時における中小企業保護政策の一環として成立したものであり、本法所定の小売市場を許可規制の対象としているのは、小売商が国民のなかに占める数と国民経済における役割とに鑑み、本法1条の立法目的が示すとおり、経済的基盤の弱い小売商の事業活動の機会を適正に確保し、かつ、小売商の正常な秩序を阻害する要因を除去する必要があるとの判断のもとに、その一方策として、小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置であると認められ、一般消費者の利益を犠牲にして、小売商に対し積極的に流通市場における独占的利益を付与するためのものでないことが明らかなのである。しかも、本法は、その所定形態の小売市場のみを規制の対象としているにすぎないのであって、……過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣旨であることが窺われる。これらの諸点からみると、本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとった措置ということができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない」。

この判決は、個人の経済活動の自由に対する法的規制について、規制の目的に応じて、社会公共の安全と秩序の維持の見地から加えられる消極的警察的な規制と、福祉国家の理念に基づく社会経済政策の実施のための積極的政策的な規制とに二分してとらえること、および、個人の経済活動の自由に関しては、精神的自由に対する制約の場合とは異なって、合理的な理由に基づく規制が許されること、すなわち「二重の基準 (Double Standard)」の考え方を判例法上明らかにしたことが、意義として認められる⁽¹⁰⁾。

また、同判決は、社会経済の分野における法的規制措置の必要性和、規制の手段・態様の合理性については、第一次的には立法部の判断に委ねられるとし、立法部がその裁量権の範囲を著しく逸脱し、法的規制措置が「著しく不合理であることの明白である場合に限り」司法部により違憲と判断される、として違憲審査基準にいわゆる「明白の原則」を採用した。経済政策立法に関しては、合憲性の推定が強く働き、基本的には立法部の裁量権が尊重されるべきである、とするのが学説上も判例上もこれまで一般的であった。この「明白の原則」なる違憲審査基準は、はたして営業の自由に対する積極的な政策的制約の場合に限りて妥当するものなのか、それとも消極的な警察的制約の場合にも適用できるのか、が問題となる。前述の昭和50年薬事法違憲判決は、この基準を積極的な制約の場合に限定する趣旨を明らかにしたと思われる⁽¹¹⁾。

小売商業調整特別措置法が、小売市場、とりわけ食料品小売市場における開業の際の許可規制を採用したのは、小売商相互間の過当競争による共倒れから個々の小売商を保護するという積極的な目的のための政策立法であるがためである、とすることに一応の合理性を認めることができる。しかし、本件昭和47年判決は、「一般消費者の利益を犠牲にして、小売商に対し積極的に流通市場における独占的利益を付与するためのものでない」と判示し、もし一般消費者の利益を犠牲にするような小売商の独占的利益を認定されるような場合には、たとえその法律の立法趣旨が社会経済政策に基づくものであっても、違憲と判断される余地を示唆したものであることができる。規制の手段としても、「過当競争による弊害が特に顕著と認められる」ような形態の小売市場にのみ規制の対象を限定しているので、「著しく不合理であることが明白であるとは認められない」とされた。

おわりに

本稿は、最終的な考察の目的である独禁法の立法目的を通して経済政策立法の基本理念を探究するための序説に該当する。現行日本国憲法が、明文の規定を有しないながら、解釈論上「営業の自由」を保障していること、およびそれに対する一定の制約が加えられることを容認していること、には異論はない。さらに、その制約には、一律のものではなく、制約の目的に応じて内容を異にするものが認められる。すなわち、消極的ないし警察的規制と積極的ないし政策的規制とがある。ところが、独禁法が立法目的とするところはいずれの規制目的に立脚するものと見るべきかは、問題がある。独禁法が経済政策に立脚した立法であることは言うまでもないが、そこで加えられる制約は政策的制約であると単純に断じられるか、である。なぜならば、政策の内容が問題となるからである。上に詳述した通り、現行法制上の制約の態様を見るに必ずしも制約の目的とそのために採用される手段とが整合してはいない。

この問題は、現行憲法が人間の行為に着目した経済的自由と一定の経済秩序ないし構造との両側面を保障していること、および自由の行使に対する制約にはその目的に応じて内容の異なる規制が加えられ、さらに手段ないし態様が分かれること、に起因する。したがって、経済政策立法の趣旨目的を把握する際に、憲法の保障する行為と構造のいずれに着目したものと解するべきか、さらにその区別は規制の目的と規制手段とのいずれを基準とするべきか、によってまったく異なった結論に至る。いささか冒険ではあるが、本稿冒頭に掲げた問題意識に対する最終的な帰結を見据えるならば、経済立法の存在意義は、一定の経済構造ないし秩序を前提としながら、採用する規制手段は個々の行為に着目するところにあると思われる。続稿において、この内容を検証することとする。

註

- (1) 佐藤幸治「憲法」(青林書院新社)377頁以下、宮沢俊義「憲法Ⅱ新版」(有斐閣)391頁以下。
- (2) 法学協会「日本国憲法註解」(有斐閣)442頁、宮沢前掲。
- (3) 渡辺洋三「法学と経済学(1)」『社会科学の方法12号』(お茶の水書房)2頁以下。
- (4) 今村成和「現代の行政と行政法の理論」(有斐閣)89頁以下。
- (5) 橋本公巨「日本国憲法・改訂版」(有斐閣)364頁以下。
- (6) 今村前出、芦部信喜編「憲法Ⅲ人権(2)」(有斐閣)42頁以下。
- (7) 今村成和「人権叢説」(有斐閣)167頁以下、芦部信喜「憲法訴訟の理論」(有斐閣)162頁以下。
- (8) 芦部信喜編「憲法Ⅲ人権(2)」(有斐閣)45頁、今村成和「人権叢説」(有斐閣)173頁以下。
- (9) 伊藤正己「憲法」(弘文堂)620頁以下。
- (10) 今村成和「人権叢説」(有斐閣)171頁以下。
- (11) 今村成和「人権叢説」(有斐閣)176頁以下。