

## 経済法序説(1)

舟 田 正 之

はじめに

序 章

一 経 済 法

二 経 済 法 学

第1章 経済法の原理と展開

第1節 経済秩序と法秩序

一 社会秩序における経済秩序と法秩序

二 近代市民革命と近代市民社会

三 自由資本主義段階における経済と法

四 独占資本主義段階における経済と法

五 現代資本主義段階における経済と法

第2節 社会法と経済法

一 2つのモメント

二 社会法の生成と理論

三 社会法としての経済法 (以上, 本号掲載)

第3節 憲法上の経済的自由

第4節 経済法の原理

第2章 競争秩序法

第3章 経済的規制法

はじめに

1

本稿の目的は、経済法における法原理とは何か、また、その法原理が各種の法令や、現実に生きている諸法規範のなかで、どのように存在し機能している

か、ということを経分かででも解明したいということである。

しかし、上の設問の前に、そもそも経済法とは何か、また、具体的にどのような法律を含むものであるか、ということさえも明確ではない。さらに、経済法を研究対象とする経済法学は、憲法・民法など他の法領域の法学科とどのような関係にたつのであろうか。

これらは、いわば経済法総論の基本的内容であろう。経済法に属するとされる膨大な諸法・諸規範を一定の観点から客観的に整理し、そこに見出される法原理を基礎にして体系化するという「総論」の課題を意識しながらも、本稿では、まずは「経済法序説」と題して、経済法総論を論じる際の基本的な視点を提示することを試みる。

## 2

経済法の対象については、差し当たり、以下のような考えの下で叙述を進めることにする。

実定法としての独占禁止法ないし競争法についての概説書等は数多くあるのに対し、学問分野ないし法分科としての経済法という名前がつく概説書ないし体系書は、かつてのドイツでは相当数存在したが、日本では、金澤良雄『経済法』（有斐閣、新版、1985年）、正田彬『経済法』（日本評論社、第3版、1979年）、正田彬『経済法講義』（日本評論社、1999年）など、ごく少数の業績しか出されていない（教科書、解説書の類を除く）<sup>1)</sup>。

その理由は、英米法系では経済法という用語は一般的ではないという実際上の事情に加えて、経済法の対象のうち、独占禁止法とそれ以外の諸法をどう整理し、体系化するか、という難問があるという事情によるところが大きいのであろう。

経済法に属するとされる諸法には、独占禁止法やその関連法律（下請法など）のほか、電気事業法、電気通信事業法などによる公益事業規制、その他の経済的規制に関する諸法（以下、狭義の「経済的規制法」という）、国・地方自治体が経済的活動を行う等の各種の給付行政（公的サービス等の提供）に関する諸

---

1) 本文で挙げた業績のほか、近年の「経済法」と名付けた著書として、来生新 [1996]、丹宗暁信 = 伊従寛 [1999]、丹宗暁信 = 厚谷襄児 [1999]、松下満雄 [2006]、宮坂富之助ほか [2010] などがあり、これらは日本の諸経済法規の歴史的展開や実定法上の広がりなどを見るという点では貴重な業績である。

法が含まれる。しかし、経済的規制法等には、極めて広範かつ多様な法律が存在し、また、金融規制、消費者法など、他の法分野との境界があいまいな場合も多い。

これら経済的規制法等については、他の法分野、例えば行政法の分野においては「経済行政法」、「経済規制法」、「公企業法」などとして研究がなされてきたし、あるいは民商法等の私法の分野においては、民事特別法や消費者法、金融法などの研究が少なからず蓄積されてきている。これらと、経済法の対象とはどういう関係にあるかという難問がある。

経済法の対象ないし外延についての議論は、諸法分科の間の、いわば「領土紛争」のようなものであって不毛であるという考え方もあろう。しかし、経済法とは何か、経済法固有の法原理は何か、などの基礎的ないし原理論上の検討をするとすれば、どのような法律群ないし法的現象を対象として行うかは、少なくとも暫定的に措定しておく必要がある。

本稿では、経済法の対象として、差し当たり、以下のように極めて広く考えることにする。

第一に、経済法の中心領域は、独占禁止法や下請法など、一般的に競争秩序を維持・促進する法律群であり、以下ではこれを「競争法」と総称する。

第二に、個別具体的な産業に係る規制法など、各種経済的規制に係る法(=経済的規制法)も経済法に含める。さらに、後述のように、経済的規制と社会的規制との区別は厳密には困難であることから、通常、社会的規制に分類される諸法(特に、環境法や消費者法、安全規制に係る諸法)も、競争秩序と関係する場面など、経済法の原理にかかわる限りで対象に含めるべきであろう(経済的規制・社会的規制については、第1章第1節5.4を参照)。

第三に、国・地方自治体が自ら、または特別に設立した法人を通して、都市ガスや運輸サービスの提供などの経済的活動を行うこともあり、その根拠法や当該事業に係る法律も、経済法の対象とする。また、補助金行政や各種企業誘致策のように、国・地方自治体が財貨・便益等を提供する行政に係る法も重要である。これについては、行政組織法上または行政作用法上、どのように整理するか、様々な議論があるが、ここでは差し当たり、「給付行政」に係る法(その一部は「公企業法」と名付けて検討の対象にする(その一応の整理は、第1章第1節5.2(4)を参照。なお、「給付行政」は、戦後ドイツ行政法学において特有の意味を持って用いられた用語であるが、ここでは私人に対し役務・財貨・便益等を

提供する行政という漠然とした意味で用いる。また、侵害的行政行為と授益的行政行為という区別が説かれることがあるが、ここではいうまでもなく「行政行為」に限って議論しているのではない。

このうち第二と第三については、私人の経済的活動を規制するか、国・地方自治体等が経済的活動を行ったり、事業者を支援するかは、形態としては異なるとしても、競争秩序という視点からみれば、いずれもその目的・効果は自由競争とは異なる成果を導くものであり、本稿ではこれら両者ともいわば「広義の経済的規制法」に含まれるものとして捉えておくことにする。以下において、経済的規制法は、原則として上記の第二の狭い意味に用い、給付行政法も含む広義に用いる場合は、「広義の経済的規制法」または「経済的規制法等」と表現することにする。

### 3

経済法とは何か、経済法固有の法原理は何か、という問題について、現在の日本の経済法学においては、極めて大雑把に言えば、以下の4つの潮流があるように思われる。

第一は、この種の原理論・体系論を無用とするか、あるいはそれに無関心な傾向である。目の前にある独占禁止法や諸々の経済的規制法等に属する諸法について、それぞれの実定法に則して研究を行えば足りる、ということなのであろう。

第二に、今日の経済法学の主流というべき考え方によれば、戦前の経済統制法が否定されて、現在では、独占禁止法およびそれ以外の競争政策に関する諸法が経済法の本質になっていることが重要であり、その他の経済的規制法等に関しては、独占禁止法ないし競争政策とかわる限りで研究の対象とすべきであるとされる。

この立場からは、経済法の法原理ないし基礎理論として、独占禁止法の目的、「競争」の意義、独占禁止法との実定法上の関係（どちらの法を適用すべきか等々）に関する研究、あるいは、実定法の解釈のレベルで、独占禁止法1条の目的規定や「公共の利益」に関する研究などが盛んに行われている。

第三に、独占禁止法の枠を超えて、経済的規制法等をも広く経済法として捉え、一定の法原理ないし法価値に基づく法領域に関する理論を構築する、あるいはそれを目指すべきだとの立場がある。

この第三の立場の中にも多様な傾向が含まれているが、特に、いわば「社会法」論とも呼ぶべき立場から、独占禁止法の基本原理を、経済的な支配力に対する厳格な規制によって、その支配を受ける事業者・消費者の権利を確保することにあると積極的に捉える議論がある<sup>2)</sup>。この立場においては、「実質的な経済活動の自由」の確保を通じた競争秩序を維持するための法制度が基本であり、この法制度を中心として、経済法制全体が構成されているとされ、独占禁止法1条の「一般消費者の利益を確保するとともに国民経済の民主的で健全な発展を促進する」という文言が、「独占禁止法の目的が経済法制全体の目的につうじること」を示すことにもなっている<sup>3)</sup>。

第四として、独占禁止法もその他の経済的規制法等と同様に、資本主義経済体制のための法として批判的に捉える議論がある<sup>4)</sup>。

私は、前記の第二の立場から出発し、その後次第に、第三の立場に移ってきたが、第二と第三は、競争と経済的自由（私の旧稿での用語では「取引の自由」）の捉え方によっては区別できないほど接近するようにも思われる。

例えば、第二の立場において、競争を資源の最適配分、効率性とのみ結び付けて捉えるのであれば、そこに「社会法」理念や「消費者の権利」が入り込む余地はなくなるであろう。これに対し、競争を「一般消費者の利益」、あるいは「国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」（いずれも独占禁止法1条。下線は舟田）と結び付けて捉える場合には、第三の立場に通じる議論が可能になる<sup>5)</sup>。

2) 丹宗昭信 [1969] の表題にある「社会権の経済基本権」は象徴的である。正田彬 [1972] から正田彬 [1999] までの正田彬の一連の業績、土田和博 [1997]、土田和博 [1999]、土田和博 [2001]、土田和博 [2002]、土田和博 [2008a]、土田和博 [2008b] も、同様の方向であるといえよう。

3) 正田彬 [1990] 45 頁。

4) 例えば、浦部法穂 [1972a]、浦部法穂 [1972b] を参照。これとは別に、反トラスト法や日本の独占禁止法が、実際には反独占あるいは経済力集中抑止という機能を有していない、独占擁護になっているという批判は、古くから多様に行われている。その最も著名な議論として、ガルブレイス [1968] 257 頁以下、314 頁以下、この点に関するガルブレイスと当時の正統派経済学との論争については、根井雅弘 [1995] 118 頁以下、124 頁以下を参照。

5) この方向を示唆する叙述として、根岸哲 = 舟田正之 [2010] 33 頁以下を参照。金井貴嗣 [1990] は、本文で示した第二と第三の立場を架橋するという位置づけが可能であろう。

#### 4

前記の経済法の対象として措定した諸法律に関係する諸制度は、極めて広範かつ多様であり、またその時々の経済・政治状況に対応して流動的である。それらを整理し、理論的に構成するための手がかりとして、何らかの方法論あるいは視点、ないし「ものさし」（ある種の思考枠組み、判断基準）が必要である。

ここでは、第一に、市場経済体制を資本主義の発展の諸段階に応じた具体的な経済秩序のなかで、かつ、それを近代市民法から現代法（経済法を含む）への変化と関連させて捉えることを試みる。

第二に、結論を一部先取りすることになるが、上記の経済秩序と法秩序の変化を、競争秩序の形成という視点からみることにする。競争秩序、すなわち「公正かつ自由な競争」秩序を、法秩序の一部として明示的に取り込んだのは、米国の反トラスト法や戦後の日本などの独占禁止法であるが、近代市民法においてはどうだったのか、また、制定法としての競争法があっても、経済的規制などの法領域ではそれはどう影響したのか、等を検討することは、経済法理論にとって極めて重要なことであると考えられる。

第三に、上記（第二）の競争秩序については、客観的法規範としての競争法をみるだけでなく、個別具体的な競争・取引に関する法制度のなかで、個々の経済主体の経済的自由がどう位置づけられているか、という点からもみる必要がある。これは、実定法のレベルでは、競争法だけでなく、関係する諸実定法（関係する各種の経済的規制法等）、さらに、憲法上の経済的自由や、民法上の私的自治、特に契約の自由の歴史的意義を踏まえて、それらと競争法の間をみることになる。

#### 5

ここで、本稿の成り立ちについてお断りしておく。私は、最初の助手論文、「ドイツ『経済制度』理論史」<sup>6)</sup>において、ドイツの新自由主義学説を批判的に捉え直す作業を行った。そこでの基本的な問題関心は、近代市民社会成立以降の資本主義経済体制の下で、個人の自由な自己展開と社会全体の普遍的調和を同時に可能とする全体的秩序をどのように構築するかという難問に対し、諸学説がどのような解答を出しているか、ということであった。

---

6) 舟田 [1975-77]。同じころ公表した舟田 [1975]、舟田 [1977] をも参照。

ここでは、西洋の中世から近代にかけての経済社会の構造変化に対応する近代社会の「基本秩序」(経済制度)の形成、それに関する諸説をみることから始めて、ドイツ新自由主義(Neoliberalismus)が、「支配から自由な社会秩序」すなわち自由な「経済制度」を提唱し、競争秩序の形成を基本とすべきことを主張しながら、次第にナチスに組み入れられていくこと、さらに、戦後のドイツにおいて再出発した新自由主義が「社会的市場経済」論として変形され、当時の経済政策論において支配的になるが、連邦憲法裁判所判決によって新自由主義の「経済制度」論が否定されることが大きな契機となって、公法学の主流において、経済的自由は伝統的な「国家からの自由」かつ主観的自由としてみ認められることとなる、という軌跡を跡づけた。この研究では、経済的自由の「秩序的・制度的性格」を示唆したにとどまったが、その後、ドイツ公法学において、基本権は個人権的側面と制度的側面との二重の性格を有しているとする議論が有力になった(本稿第1章第3節で扱う)。

その後、私は競争法(ドイツでは競争制限禁止法)に関して、その目的は「競争の自由」か「経済全体の効率性ないし経済的成果の向上」か、という個人保護説と制度保護説の対立があることに着目し、独占禁止法の保護法益としての「取引の自由」は、客観的な「公正かつ自由な競争」秩序と一体であると説く一連の論考を公表した<sup>7)</sup>。

本稿では、これらの研究を再構成し、それに近年の関連研究を若干組み込んで、まとめるものである。簡単にいえば、本稿では「経済秩序」としての競争秩序、および、経済的自由(「取引の自由」)の関係を検討し、これら両者が独占禁止法のみならず、経済法一般の法原理である、といことを示そうと思う。

## 6

本稿における引用文献は、極めて不完全かつ著しく偏ったものであることをお詫びする。上記のような成り立ちから、本稿は私の旧稿(「ドイツ『経済制度』理論史」、および、「取引の自由」に関する一連の論文)をベースにしているが、そこにおける参考・引用文献は本稿ではほとんどすべて割愛した。それでも、本稿の課題の広がりから、参考文献等は多数にのぼるので、その重要なもののみを巻末に掲げ、本文と注ではそこに表した略語で示すこととした。

7) 舟田 [2009c] に所収の諸論文。

## 序 章

### 一 経 済 法

#### 1 経済法と経済法学の生成

(1) 経済法は、労働法や社会保障法などと同様に、第1次世界大戦前後、まずドイツに、さらに欧州諸国や日本に現れた新しい法分野である。

当時のドイツや日本では、それまでの自由資本主義段階と異なり、国家が不況の克服などのマクロ経済政策において、あるいはミクロ経済面における諸産業分野に政策的・法的に介入（干渉）し、そこに現代経済に特有の法現象が生起した。

ここで、「介入（または干渉）」（＝（独）Intervention：（英）intervention）は、極めて広義に、国家が経済過程の積極的な統制・誘導（Lenkung）と影響を与えることを追求する、すべての措置を含むものとして用いている。したがって、これには、独占禁止法・下請法などの競争法、経済的規制法・社会的規制法などの私人の経済活動を制限または誘導・促進する場合（「公的規制」と呼ぶ）、および、国・地方自治体が自ら、または特別に設立した法人を通して、経済的活動を行う給付行政（いわゆる「公企業」を含む）の場合がすべて含まれる。以下では、これらに、マクロ経済政策的介入を加えて、「国家の経済介入」または「国家介入」と呼ぶことがある。

また、国家のみならず地方自治体も、地域経済活性化のための助成策や、地方公社などのように公企業形態で介入することも少なくない（詳細は、第1章第1節52参照）。しかし、例えば公的介入という用語はほとんど使われていないので、これを含め、「国家介入」と呼ぶことにする。

(2) 当時のドイツや日本において、一方では、産業・貿易の振興等の産業政策のための諸法が次々と立法化され、他方で、「社会法」・「社会権」（生存権・労働基本権等）・「社会国家」などの法理念または指導理念が生まれ、具体的に労働者や社会的弱者を法的に保護するための立法等も現れた。

そこでは、従来の近代市民法の原理（「私的自治」ないし「契約の自由」）と明白に対立するような、経済に対する国家介入の拡大・深化が進み、それに伴って様々な法現象が生起した。これを差し当たり、「経済法的現象」と呼んでお



くとすると、これらを総称するものとして、あるいは何らかの観点から構成して、「経済法」(Wirtschaftsrecht)と呼ばれる法領域が生まれたと説かれ、それを研究対象とする「経済法学」という新しい法分科(Disziplin)が登場した<sup>8)</sup>。

ただし、当時の日本における経済法は、基本的に経済統制法としての性格をもっており、国家目的のために私人の経済的自由を制限し、国家の経済政策を遂行するために定立される諸法を経済法と称したのである。他方で、ドイツなど欧州諸国で既に議論されていたような「社会法」は、諸種の労働立法を別とすれば、借地法・借家法などの個別立法にその片鱗がうかがえるにとどまっていた。

## 2 戦後の“競争秩序維持型”経済秩序

(1) 第2次大戦後の日本において、占領軍のイニシアティブの下で、「経済民主の一環として財閥解体・経済力集中排除政策が遂行された。経済民主化の一環として、1947年、独占禁止法が制定され、同法は、ほぼ同時期に制定された日本国憲法と並ぶ経済分野での基本法という意味で、「経済憲法」と称された。これによって、わが国の経済法の基本的性格は、前記の戦間期における「統制経済型」から、第2次大戦後の「競争秩序維持型」へと質的な転換が行われた、と説かれている。

しかし実際には、戦後の混乱に対処する数多くの経済統制法の時期を経た後も、産業育成・保護などを目的とする各種の経済的規制、給付行政・公企業が広範囲に行われた。そこでは、競争秩序が経済秩序の基本であるとは認識されず、国家による経済への広範な関与・介入が戦前と同様に広く多様に展開された。

しかし、1980年代頃から世界的な潮流となった「規制緩和」・「民営化」の流れの中で、日本でも、独占禁止法や下請代金遅延等防止法などの競争法が、適用除外規定の廃止や執行力強化のための法改正と運用強化、相次ぐ独占禁止法違反事件に関する判決等によって、次第に広範かつ強力なものとなる。

(2) 競争法は、特定の産業分野ないし取引形態等に限られず、原則としてすべての産業分野等に適用される、という意味で、各種の規制法や給付行政に係

---

8) 当時の経済法(学)については、丹宗昭信 [1968]、正田彬 [1979]、金澤良雄 [1980]、舟田 [1975-77] (1), (3)注 18 等を参照。

る法とは異なる。

競争法に含まれる実定法としては、以下の諸法が挙げられる（これら4法は、司法試験における「経済法」の範囲でもある）。

- ① 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律54号。「独占禁止法」と略記）
- ② 入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律（平成14年法律101号。「官製談合防止法」と略記）
- ③ 下請代金支払遅延等防止法（昭和31年法律120号。「下請法」と略記）
- ④ 不当景品類及び不当表示防止法（昭和37年法律134号。「景表法」と略記）

近年では、競争法が今日のわが国における経済秩序の基本を定めるもの（＝「経済秩序法」。その意味については後述）であるということが、次第に政府の行政運用において認められつつあり、また裁判等を通じて実定法上も明らかになりつつある。

### 3 「規制緩和」・「民営化」

(1) 公益事業規制などの経済的規制分野においては、従来、独占禁止法の適用除外規定が置かれていることも多く、独占禁止法それ自体のなかにも数多くの適用除外規定が置かれていた。しかし、80年代からの広範な規制緩和への動きの中で、1990年代後半から、これら適用除外規定が次々と撤廃され、公益事業分野へも独占禁止法が実際に適用されることとなった。同時に、多くの経済的規制法において、規制緩和ないし競争促進策が採用されるようになり<sup>9)</sup>、少し遅れて、健康・安全や環境保護などを目的とする社会的規制についても、規制を最小限にすべきであるという動きがみられた。

しかし、これらの規制緩和と政策が、労働環境の悪化など多様な社会的歪みを引き起こし、2000年前後から次第に、一直線の規制緩和を改めるべきだという主張が有力になり、また、個別業界からの圧力もあって、「再規制」への揺

---

9) 例えば、電気通信事業法1条は、「公正な競争を促進する」ことを目的の1つに挙げ、実際に、同分野では、競争政策の推進が重要な政策課題とされている。また、道路運送法1条も、かつては、「公正な競争の確保」を法目的の1つとして明示されていたが、同法2000年（平成12年）改正で削除され、かわりに、「利用者の利益」が目的とされた。同改正においては、需給調整条項の廃止など大胆な競争促進政策が採られた。

り戻しとも呼べる現象もみられるようになっている。

以上のように、今日でも、国・地方自治体による各種の個別産業等に関する公的規制が多様に存在し、そこでは個別の対象に即した、経済的・社会的諸目的を掲げた、多種多様な規制が行われており、これも経済法の重要部分をなしている。

さらに、給付行政の分野においても、上記の規制緩和の動きと連動または並行して、各種の「民営化」、あるいは民間委託等の改革が進行した。国・地方自治体が私人に対して様々なサービス等を提供することは、市場経済に大きな影響を与えることが少なくないのであり、これも経済法の一部として捉える必要がある。

(2) 経済法を競争法と経済的規制法等をともに含むものとして捉えるということは、現代経済の下では、国家が経済に介入しないという「自由放任」主義ではなく、国家による経済介入が全面化・深化しているという認識を前提にするということでもある。

一部には、国家による経済介入は、「統制経済型」において特徴的であり、現代の「競争秩序維持型」の経済法においては、競争法による規制のほかは、なるべく「自由放任」に委ねることとされている、という見方もあるが、これはあまりに現実とかけ離れた認識であり、かつ、資本主義経済の現実の展開を見誤っていると考えられる。

これは、「大きな政府」対「小さな政府」という政策対立の図式とは別の次元のことであって、今日のどの国においても、競争法が経済秩序法として重視されていると同時に、各種の経済的規制や給付行政・公企業などの公的経済活動(国・地方自治体による経済活動)が多様かつ広範に展開されている、という客観的事実をどう認識し位置づけるか、という問題である。

#### 4 経済的規制法と競争法との関係

第2次大戦後の経済に対する各種の国家介入、特に経済規制法は、戦前の統制経済法の反省を踏まえ、常に独占禁止法との関係が問われざるを得ない。すなわち、各種の経済規制法が、独占禁止法の適用除外規定を持つか否かを問わず、それらに基づく規制が「公正かつ自由な競争」秩序(独占禁止法1条の目的)を不当に侵害するものではないかについて、立法論・解釈論あるいは具体的な運用が妥当か否かという議論など様々なレベルで検討されることになる。

このことは逆に、経済規制法に基づく、または、非法的な（すなわち法的根拠・手段を用いない）国家介入の具体的な目的との関係で、独占禁止法の目的である競争および経済的自由の中身が問われることをも意味する。特に、独占禁止法上の企業結合規制に関しては、古くから、産業政策的観点からの企業集中促進策と衝突することが少なくなかった。例えば、独占禁止法（15条）による正式の合併事件として唯一の事例である八幡・富士合併事件（新日鉄合併事件）においては、当時（1968～69年）の政府、特に（旧）通産省は、国際競争力の向上のための集中促進策に基づき、この合併を強力に後押しし、公正取引委員会（以下、「公取委」と略記）による法適用の独立性を侵しているのではないかということが問題になった<sup>10)</sup>。

企業結合規制以外にも、例えばカルテルや不公正な取引方法の禁止に関しても、産業政策的観点あるいは安全や環境保護などの観点からの規制と独占禁止法上の規制とを、法律上・行政運用上、どのように「調整」するか<sup>11)</sup>、あるいは「公共の利益」や「公正競争阻害性」をどう「解釈」するか、などの議論が、同法制定時から今日に至るまでほとんど常に問題となっている<sup>12)</sup>。

このように、経済法を、競争法と経済的規制法等の双方を含むものとして捉え、かつ、それらの法目的・政策的目的と効果を整合的に把握し解釈することが求められているのである。

## 5 「市場経済」と資本主義経済の諸段階

(1) ここではひとまず、資本主義経済の展開の歴史を以下のように捉えることを出発点としたい（詳細は本稿第1章で述べる）。

西洋の市民革命の中から生まれた近代市民社会が想定していた経済秩序は、

- 
- 10) 新日鉄合併事件＝同意審決昭和44・10・30審決集16巻46頁。本件については多数の文献があるが、最近、詳細な検討を加えたものとして、平林英勝 [2012] 388頁以下を参照。
  - 11) ここで調整とは、立法による解決、あるいは、公取委と他の行政庁間の事実上・運用上の（法令）調整、の両方を含む意味である。前者は、通常の複数行政庁間でも行われている調整であるが、独占禁止法の適用除外立法など、特有の形態をとることも多い。適用除外以外にも、例えば、近年の例では、産業活力再生特別措置法（産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置法。平成11年法131号）13条における、主務大臣と公取委の「協議」条項などの形態をとることも行われる。
  - 12) ここでの解釈問題とは、独占禁止法上の要件について、他の経済的規制法上の規定や運用をふまえた解釈をどう行うかということである。ごく簡単な概観として、舟田 [2010] 16頁以下参照。

周知のように商品交換関係を原型とする自由な「市場経済」体制であり、これを基礎として資本主義経済体制が形成される。

市場経済体制を支える法秩序として、市民革命から自由資本主義段階にかけて、「近代市民法」が形成された。近代市民法とは、「営業の自由」を基礎として、すべての法主体に平等に経済的自由があるとみなすことを前提にした、「私的自治」の原則に基づく私法秩序であった。

この市場経済体制を、経済体制という面から、資本主義の形成・発展、および経済と国家との多面的な結びつきとして捉え、かつ、それを支える法秩序の歴史的展開を、近代市民法から現代法（ここでは経済法に焦点を絞る）へという視点を中心にして、以下の4段階に分けることとする<sup>13)</sup>。

- A 市民革命期……近代市民法の形成
- B 自由資本主義（産業資本主義）段階……「国家と経済の二元主義」（公法と私法の区別）
- C 独占資本主義段階……社会法ないし経済法の生成（独占形成・国家干渉を中心とする経済法）
- D 現代資本主義段階……経済法の新しい展開（独占禁止法を中心とする経済法）

(2) これら4段階の詳細は第1章で述べるが、前記の、経済法を競争法と経済的規制法等の双方を含むとすることとの関連で、以下の点を指摘しておく。

前記4段階のうちのC独占資本主義段階において米国で生まれた独占禁止法は、次第に、D現代資本主義段階における経済法の中核としての性格を帯びるようになるということは前述のとおりである。しかし同時に、このD現代資本主義段階においては、旧来の国家と経済の区別（国家と経済の二元主義）が崩壊し、経済が政治化し、国家が積極的に経済に介入することが求められるようになる。

日本では、19世紀の70年代から、上のA市民革命期の段階を経ずに（市民革命の芽となるような運動が次々とつぶされて）、政権を奪取した明治政府が旧来の封建体制を一挙に覆し、いわば上から西洋の資本主義を導入しようとし、国家の指導・援助の下での自由主義という、後進国特有の経済秩序が形成され

---

13) 資本主義段階論については、経済学・歴史学等において多くの議論がなされてきたが、法学においては、差し当たり、樋口陽一 [1971] 181頁を参照。

た。これは、B自由資本主義段階の変形といえよう。

これに続く、日本におけるC独占資本主義段階への移行は、19世紀末から第1次世界大戦後にかけて、西洋とはほぼ同じ時期に始まり、特に1930年頃、独占形成・関与を中心とする統制経済体制が先進諸国の中でもいち早く整備された。戦後のD現代資本主義段階においても、競争秩序を基本とするという建前がありながら、広範かつ強力な経済的規制・公企業ないし公的経済活動が多様に展開されていることは前述のとおりである。

(3) 法秩序という面では、近代市民法の実定法化としての私法秩序は、上記のA市民革命期から今日のD現代資本主義段階に至るまで、市場経済体制を支える基本的な法秩序として、近代憲法とともに経済社会全体の基本秩序であり続けている。しかしながら、同時に、具体的な経済運行においては、国家が多様に経済社会にかかわり、その特徴的な法的現象が、戦前の経済統制法や戦後の経済規制法と私法・競争法の並立・対立・調整である。

今日の経済秩序および法秩序においては、上記のAからDまでの各段階で生じし展開した法理念、法制度、そして個々の法規範が、多様に変容しながらも重層的に蓄積し、複雑にからみ合って存在している。

本稿では、資本主義経済の歴史を振り返り、同時に並行して近代市民法から現代法への法の展開をみることによって、特に競争の中での経済的自由が法秩序の中にどう位置づけられているか、という基本的な視点から検討するものである。実定法のレベルでは、憲法上の経済的自由、および民法上の私的自治、特に契約の自由の歴史的意義、それらと競争法の関係を重点的にみることとなる。

## 二 経済法学——他の法学の各分野および経済学との関連

(1) 「経済法学」とは、現代資本主義経済体制における経済的取引と競争の実態はどのようなものであるか、という認識を踏まえつつ、前記(一)で素描した「経済法」に属する競争法と経済的規制法等に属する諸法の規範の内容とそれらの実際の運用・機能の実態を明らかにし、また、それが全体の法秩序・経済秩序、さらには政治・社会体制とどう結びついているかを考える学問である<sup>14)</sup>。

---

14) 初学者向けの簡単な叙述であるが、舟田 [1996] 参照。

既に述べたように、経済法とは何か、経済法はどのような概念として設定されるのか、また、具体的にどのような法律を含むものであるかについては、以下の行論の中で明らかにするつもりであるが、差し当たりは上記のような漠然とした経済法学の課題の設定をもとに検討を進めることにする。

(2) ドイツなど大陸諸国を主として念頭に置けば(英米は異なる事情にあるが、これも後述)、18世紀から19世紀にかけて市民革命の中から近代市民社会が成立し、その後、法実証主義が支配的となる中で、「国家」と「社会」、および、「公」と「私」の区別と並行して、国家の組織活動等を規律する「公法」と、市民社会を規律する「私法」とを区別することが通例となった<sup>15)</sup>。

その後、第1次大戦後の近代市民法から現代法への変化の中で、ドイツ等の欧州諸国において、経済法は、労働法などとともに、「社会法」・「社会権」(生存権・労働基本権等)・「社会国家」などの指導理念・法理念の生成と展開と深く関連しつつ形成されてきた。社会法、すなわち経済法・労働法・社会保障法は、それらの出現の当初から公法と私法の「相互浸透」の中から生まれたとされ、公法と私法の「中間法領域」と位置づけられた<sup>16)</sup>。当時は、社会法の中に経済法と労働法が含まれるという整理が多く、それらを学問対象とする「経済法学」、「労働法学」が生まれた。

(3) 今日の法学において、公法と私法の区別を厳密に確定することはほとんど不可能に近い、あるいは理論的な意義あるいは実定法上の意味はないとも説かれている<sup>17)</sup>。しかし、少なくとも講学上あるいは便宜上、多様な理解の下

15) 公法と私法の区別の理論的および実定法上の問題については、差し当たり、塩野宏 [1989] 第1部、小早川光郎 [1999] 146頁以下、藤田宙靖 [2013] 7頁以下等を参照。

櫻井敬子=橋本博之 [2006] 6頁以下が説くように、巨大な権力・強力な権限をもつ行政機関と私人の関係にかかわる法律群(公法領域)と、私人間の関係(私法領域)は、それぞれ独自の特徴を持っていることは明らかであるから、憲法との連続性(ここでの問題としては、経済的自由の保障)や、行政の私法化に対する歯止めとしての意義は大きいといえよう。行政の私法化に対する歯止めとは、権力行政とは別に、非権力行政の多くが私法的手法を採り入れているが、ここでも行政の固有の任務であることを認識し、それに応じた法的取扱いをすべきことを指す。この点は、後に再論する(本節5.2以下参照)。

16) 公法と私法の「中間法領域」としての経済法、ということについてふれたものは多いが、差し当たり、金澤良雄 [1980] 26頁以下、塩野宏 [1989] 90頁以下、135頁以下、舟田 [1995] 254頁以下、近年これにふれたものとして、服部高宏 [1993] 27頁以下、吉村良一 [2007] 等を参照。

17) 塩野宏 [1989] 103頁以下参照。行政法学における議論については、藤田宙靖 [2002] 19頁以下等を参照。この点についての最近の民法学からの新しい議論については後述する。

で依然として維持されているし、国家と私人の関係を規律する公法と、私人間の関係を規律する私法を区別する実践的ないし実際上の意義は重要であると考えられる。

前記の経済法的現象については、従来からの法分野においても、一方で、公法学からは、国家が経済に介入するという側面に着目して、行政法の一部としての経済統制法、あるいは「経済行政法」、「規制法」、「公企業法」等として<sup>18)</sup>、主として介入・統制の手段ないし法的形態に関する研究が行われてきた。他方で、私法学からは、前記のような経済法的現象が私人間の取引を制限し、近代市民法における私的自治、契約の自由という原則を掘り崩していくという側面から、民法学において数多くの研究が行われている。今日では民法においても、古典的な法主体間の関係（自由・平等で独立した法人格）だけでなく、特に信義則、公序良俗等の一般条項の解釈を通して、具体的な関係に即した判断を行っており、さらに民事特別法といわれるような各種の立法による制限も広く行われているので、経済法と重なる部分が増え、または連続するようになっていともいえよう。

また、経済法に属する法律は、経済社会における経済主体、特に企業・商人の組織・活動に関する規制を定めるものであるから、広義の商法（会社法）の一部という見方もかつては有力であった。例えば、大隅健一郎『商法総則』（1957年）は、「独占禁止法もまた企業法の基本原理を定めるものとして商法の体系に属するといわねばならない」、と述べている<sup>19)</sup>。

今日の経済法学の主対象は、独占禁止法、あるいはより広く競争法であり、これは現代の資本主義における市場支配等の構造変化を踏まえ、公正かつ自由な競争を維持し、そのような取引・競争の中での権利関係を実態に即して捉え

---

18) 田中二郎 [1983] 84頁以下（最近の田中二郎についての研究として、岡田健一郎 [2008] 369頁以下が精しい）、畠山武道 [1990]、E.R.Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. I, II (1954)等を参照。経済法学の立場から、行政法との関係を論じたものとして、丹宗昭信 [1966]、丹宗昭信 [1972]、丹宗昭信 [1980]がある。

19) 大隅健一郎 [1957] 55頁。この点については、田中誠二ほか [1978] 1頁以下参照。ドイツの商法学は、伝統的に経済秩序との関係において会社法を論じる傾向があった。例えば、Heinrich Kronstein, Bernhard Grossfeld, E.-J.Mestmäcker らの名前を挙げることができよう。田中誠二ほか [1978] 各所、早川勝 [1971] 等を参照。最後に挙げたメストメッカーについては、日本でも多くの翻訳が出ている。メストメッカー [1997]、メストメッカー [1980]、メストメッカー [2011] 等を参照。



よとする性格を持つ点で、他の法分科に対し独自の法領域となっている。しかし、経済法学は、競争法以外に、前記の経済規制法・公企業法をも研究対象としており、ここでは行政法や民法・商法と重なるものである。

ここでも結論を先取りしていえば、本稿は、経済法は、「近代市民法秩序の現代的再生」を示すという意味で「私法社会」の重要な一部として位置づけるべきこと、ただし、現代法においては私法と公法という区別自体が、講学上・便宜上の区別という機能を除いては、既に意味をなさなくなっていることから、精確には社会・経済における全体の法秩序の中で位置づけるべきこと、を説こうとするものである。

(4) 経済法学は、現代経済の実態についての認識を踏まえて成立するものであることから、特に戦後の経済法学、特に独占禁止法に関する法的研究は、経済学と密接に関連しながら理論構築されてきた。

経済学においては、第1次大戦後の1930年代に、現代資本主義経済に特有の現象を対象に、「独占的競争」、「不完全競争」、「有効競争」等の様々な議論が生まれ、第2次大戦後、競争法ないし競争政策に関する研究は、特に有効競争論を参考にする傾向が強かった。しかし、その後の独占禁止法研究においては、経済学の新たな展開とその成果を取り込みながら理論・解釈・法適用(運用)の精緻化が図られている<sup>20)</sup>。

(5) 経済法学は、前記のように、競争法と個別の経済的規制法等を主たる研

---

20) 日本の経済法学において、有効競争論に関する経済学上の議論、特に小西唯雄の一連の業績、たとえば小西唯雄 [1967] と並行して、実方謙二 [1964]、実方謙二 [1966]、丹宗昭信 [1971] 等の研究が行われてきたが、経済法学と経済学との共同研究の意義ないし接点について初めて本格的に検討したのは、根岸哲 [1972] である。その後の研究として、川濱昇 [1993]、川濱昇 [1993-1994]、川濱昇 [2002]、川濱昇 [2003a]、川濱昇 [2006]、川濱昇 [2013] など川濱昇による一連の研究、また、柳川隆=川濱昇(編) [2006]、岡田羊祐=林秀弥(編) [2009] 等があり、さらに、公取委の競争政策研究センター(CPRC)において経済法と経済学の共同研究が進められている。2003年に設立された「法と経済学会」でも、経済法を対象とした研究・議論が重ねられている。参照、<http://www.jlea.jp/>

経済学の主流(新古典派経済学ないし新厚生経済学)におけるパレート効率性の限定された諸前提の下では、経済法学にとっての有用性には限られているとも考えられるが、近年の経済学の展開は著しく、例えば、若松良樹 [1993]、若松良樹 [2003]、宇佐見誠(編) [2010] には、法学との架橋という点で新しい可能性が示唆されているように思われる。

他方で、経済学といっても様々であり、本稿で参照したドイツの新自由主義経済学のほか、例えばいわゆる(新)制度学派など多様な観点ないし方法による研究もあるが、本稿では私の能力不足もあり、これらを正面から取り扱うことはしない。

究素材として展開されてきた。経済的規制法等には、個別の産業を対象とする経済的規制法・給付行政法だけでなく、消費者法に属する諸法や、民事特別法などと呼ばれる利息制限法なども含むとされることがある。

しかし、本稿では、最初からそのような対象についての限定をすることなく、まず全体の法秩序・法体系の中で、広く法と経済の関係をみながら、その中で法的論理ないし原理を考えることにする。すなわち、経済法とは何か、あるいは経済法学の固有の研究対象は何かという問いを厳密に規定することよりも、前記のように、多種多様な競争法と経済的規制・公企業法を広く経済法の対象としておくこととする。

ただし、これらの経済法として集められた諸法や諸々の法現象が、単に雑然と存在しているのではなく、それらが国民経済全体の経済秩序と結びつき、一定の法秩序を構成している、という視点から、経済法の原理・内容を考えていくこととしたい。

その基礎には、現代資本主義に特有の独占、市場支配などの経済実態が、市場経済体制・法秩序の中にどう組み込まれているかという問題意識がある。これらの検討の過程で、経済法の基本原理、指導理念が明らかにされるであろう。

## 第1章 経済法の原理と展開

### 第1節 経済秩序と法秩序

#### 一 社会秩序における経済秩序と法秩序

##### 1 経済秩序

###### (1) 経済秩序・経済秩序法

ある社会において、経済活動、すなわち財の生産・配分が行われる際には、全体の社会秩序の一部として、その中に埋め込まれた経済秩序 (Wirtschaftsordnung) が必要である。すなわち人間の経済的活動は、何らかの経済秩序の枠内において成り立つものである。多くの人々が一定の社会の中において経済生活を営む限り、人々の経済的活動は一定の仕方で秩序づけられている。

経済秩序と其中で進行する個々の経済過程 (または、経済経過 Wirtschafts-

ablauf)を区別するとすれば、国民経済全体の基本的秩序を設定し形成する政策を、秩序政策(Wirtschaftsordnungspolitik)と、また、それを設定・維持・変更する法を経済秩序法(Recht der Wirtschaftsordnung)(または、経済の基本秩序法)と呼ぶことができる。秩序政策・経済秩序法と、個別具体的な経済過程にかかわる、個別の経済政策および(広義の)経済的規制法とは明確に区別して扱うべきである<sup>21)</sup>。

経済秩序は、歴史的な時期と場所で様々な内容と形態をとる。人間の社会生活は、当然ながら、経済的要素以外の諸要素——自然、文化、宗教、技術知識、歴史的に形成されてきた社会全体の秩序、および、そこにおける実際の諸力の働き、特に社会的権力ないし政治についての状態等々——によっても規定されているからである。

経済秩序の具体的な内容・形態は、それぞれの社会の全体的秩序(「社会秩序」)、および、その一部としての「法秩序」と分かちがたく結ばれているということから、それぞれの社会によって異なる、個別的な、事実的概念である。すなわち、経済秩序は、現実に存在する秩序であるから、無限の多様性を持っている。

## (2) 近代市民社会・市場経済体制・近代市民法

このように多様な経済秩序を我々が理論的に把握しようとするときは、何らかの理念型を構築して、それを基に個別的な経済秩序を解明しようとするのが

21) これは、ドイツの新自由主義のうちオルドー自由主義、特にオイケン(Eucken, W.)の基本的考え方である。参照、W.Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl. (1950), W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 4. Aufl. (1968)。これら両書は次の翻訳がある。オイケン [1958], オイケン [1967]。オルドー自由主義については、大野忠男 [1994] 3頁以下, 21頁以下, 野尻武敏 [1965], 野尻武敏 [1997], 福岡博之 [1973-74], 足立正樹 [1978], 田中誠二ほか [1978], 舟田 [1995] 8頁, 舟田 [1975-77] (5) 707頁以下, 川濱昇 [2008] 277頁以下等を参照。

オルドー自由主義についての近年の経済学思想史からの研究として、雨宮昭彦 [2005], 藤本建夫 [2006], 藤本建夫 [2008] 460頁以下, 478頁以下等を参照。本文中の経済過程または経過に関する経済政策に関しては、野尻武敏 [1962] にオイケンなど新自由主義の議論が紹介されている。なお、「(経済)秩序政策」は、ドイツ系の経済学ないし経済政策論で通常用いられる用語である。参照、前出のオイケンのほか、近年の文献としてはビュッツ,T. [1983] (その訳者後書き), リハ, T. [1992] 等。

本文で述べた「秩序政策」等については、金井貴嗣 [1990] 108頁以下、およびそこに挙げられている、経済政策論の諸文献を参照。上記のオイケンらの新自由主義理論は、「経済秩序」と「経済経過」を区別することから出発し、前者について競争秩序を堅持すべきことを説く。

一般である<sup>22)</sup>。ここでは、広く了解されていることであるが、近代西洋において(実態において近似的に)成立したとされる「市場経済」体制(システム)、および、それを法秩序として支える「近代市民法」、さらに、それらが成立する社会基盤としての「近代市民社会」、という3つの理念型を措定する。

近代市民社会は、近代「国家」の対応物として形成された、自律性をもった「社会」であり、商品市場の発展を土台とする、すぐれて経済的社会である。すなわち、それは商品取引と社会的労働の領域として独自の法則に従って成立した「公共生活の圏」である<sup>23)</sup>。

周知のとおり、ヘーゲルは、「国家」と「社会」を区別し、後者、「市民社会 = bürgerliche Gesellschaft」を経済的 = 非政治的社会統合として定義した。これに対し、ハーバーマスは、次のように別の光をあてる。18世紀末のドイツで、「これまで家庭経済の枠内に封じこまれていた活動や従属関係は、家庭の敷居をこえて公共性の明るみに出てくる」、すなわち、「当時はじめて公共生活の圏が形成され、その機能を引き受けるようになった」。近代市民社会において、「公共生活の圏」が成立したのであって、社会は公共性の領域として捉えるべきであり、よく説かれているような「非政治的」社会ではなく、それは公権力の圏である国家と常に批判的に対峙することになる。

「国家に対立して現れた社会は、一方では、公権力から私的領域を判然と区別しながら、他方では、生活の再生産を私的私権の枠外から公共的関心事へと引きあげたのであるから、不断の行政的接触のおこなわれる地帯は、論議する公衆の批判を挑発するという意味においても、ひとつの『批判的』な危険地帯となる」。

近代市民社会は、このような論議する公衆による社会生活の場であり、これは商品取引と社会的労働の領域としての経済をも性格づけるのであるが、他方で、経済はそれ自体の独自の法則に従うという側面もあることも否定できな

---

22) ここで理念型といっても、真っ白なキャンパスの上で、抽象的な論理だけから構成したのではなく、あくまでも現実の歴史から汲み取ったものであり、経済学のモデルとは異なる。すなわち、「理念型」は、ここでは、個別的歴史事実内に在しながら、同時に一般的に問題を提示する方法として用いているつもりである。ここでは主として大陸法系の諸国、特にドイツの歴史を基にして理念型を考えていることは、これまでの叙述からも明らかであろう。

23) ハーバーマス [1973] 13頁, 26頁以下等を参照。アレント, H. [1973] 59頁以下の「社会的なるもの」(das "Soziale")との関連について、成瀬治 [1989] 297頁以下、佐藤春吉 [2003] 36頁等、舟田 [1975-77] (2) 562頁以下参照。

い。ひとまずは、この後者に着目して、「市場経済」と具体的な資本主義経済の発展を区別して述べていこう。

市場経済体制とは、需要と供給の市場機能を通じて、需給調整と価格調整が行われる経済システムであり、自由で平等な法的主体による商品交換関係を原型とする。したがって市場経済体制は、近代国家と近代市民社会という基礎の上で成立し現実化したものであるが、ここでは理論的に抽象化されたシステムとして措定しておく。市場経済体制においては、原則として、すべての財が「商品」として各市場において評価され取引され得る。

市場経済体制は、経済の発展過程の中で自然的に発生し形成されたものではなく、それが国民経済の全体の中で形成されるためには、それに適合する一定の法秩序と国家による支持が必要であり、それが近代国家と近代市民法である。上記のように、市場経済体制が、自然発生したものではなく、人為的な構成によって形成されてきたものであるということは、ドイツの新自由主義に共通する視点であり、例えば、W.レプケは、「生命力があり満足のいく市場経済はむしろ巧みにつくられた形成物であり、文明の創造作品」、あるいは繊細なサラブレッドのようなものであるから、それは常に「文化の畠」のように耕し続けなければならない、と述べている<sup>24)</sup>。

近代市民法とは、近代市民社会の基本秩序において定められた「営業の自由」(以下、より一般的な意味で「経済的自由」と呼ぶ)を基礎として、すべての法的主体に平等に経済的自由があるとみなすことを前提にした、「私的自治」の原則に基づく私法秩序であった。この私法秩序は市民社会の内部だけを対象とし、人格・私的所有権・契約を基本的カテゴリーとする。そこでは国家ないし公権力は、法論理の世界では背景に退いているように見えるが、その内実においては、国家(権力)が常に立法・司法・行政の作用として、近代市民法の具体的形成・変化を支え、影響を与えている。

抽象化されたシステムとしての(非歴史的な)市場経済体制は、実は現実の近代市民法・近代国家と結びついて構成されたものであるといえよう。

上記のように市場経済体制を措定した上で、後に(第1節二～五)、資本主義経済社会の発達に関する歴史的段階として、前述の「自由資本主義段階」、 「独占資本主義段階」、 「現代資本主義段階」の3段階に沿って、市場経済体制と近

24) レプケ [1954] 55頁, 藤本建夫 [2008] 11頁参照。

代市民法が現実の歴史の中でどう実現、展開し、変化していくかについてみてみよう。

## 2 法秩序

(1) 既に序章で「法秩序」という、ドイツ法で古くから用いられている用語を用いた。これは、近時、法哲学等でよく用いられている法体系 (= 法システム) と言い換えてもいいのであるが、ここでは以下のような理解の下で用いている。

秩序やシステムという用語を用いるのは、法が、単に憲法、法律、命令、判決等を法源とする諸規範が相互に関係なく散在しているのではなく、現実に関能しているそれら諸法規、諸規範が整序され、整合性をもった全体を構成している、と捉えるからである。

(2) このことは、第一に、法は、例えば憲法は法律に優先する等のように、諸法規、諸規範の間の効力の関係においてタテの段階的序列関係があること、また、ヨコの関係においても、これら諸規範が矛盾なく整合的に関連しあっている、あるいは現実にはそれと異なる現象があるとしても、そうあるべきとされている、ということの意味している。

第二に、法は、法理念・法的価値を実現するために、1つの法秩序 (Rechtsordnung) として存在している。すなわち、法秩序は、正義 (Recht ; Gerechtigkeit) を現実の世界に実現すべきものとして、価値秩序 (Wertordnung) としての性格を本質としている。

そもそも、「法は、正当 (gerecht) であろうと欲し、それは、たんなる合目的 (zweckmäßig) 以上のものである」(G・ダム<sup>25)</sup>)。法が現実の社会で受け入れられ、機能するためには、法は法秩序として存在することが必要であり、この法秩序の下で、人々の社会的営為ないし関係は一定の価値評価を受け、それらが全体として価値秩序の中に整序されている<sup>26)</sup>。逆に、社会の人々は、法がそのような価値秩序の下で正義を実現するものだから、規範として受け入

---

25) Georg Dahm, Deutsches Recht (1959) (舟田 [1975-77] (2) 546 頁参照)。

26) 上記の法秩序 = 価値秩序、憲法と国家に関する記述は、スメントの「国家の統合過程の法的秩序という憲法概念」を想起させるかもしれない。しかし、ここでは本文の叙述は、彼の「統合」理論に拠って、そこにおける含意を含んでいるものではなく、文字とおりのこととして述べているにすぎない。価値秩序については後にふれる (第1章第3節等)。

れるべきだとされているのである。

(3) この法秩序の基本を定める「基本的制度」(Verfassung)を実定法化して創出された「憲法」(Verfassungsrecht)は<sup>27)</sup>、法秩序全体の基盤を創出し、その基本的特質を規範化する。憲法の前提にある、この基本的制度については、特に近代市民革命の際、人間が作る、すなわち作為の産物であるということが特に意識された(第1節二で後述する)。

このことから当然なことであるが、憲法は、国家にかかわる秩序に限定されるものではなく、財産権、精神的自由・経済的自由、社会的集団の形成や活動、家族、婚姻など、非国家的な社会生活の基盤をも対象としている<sup>28)</sup>。

(4) ある法秩序において、個々の法主体の事実行為や法的行為は、法主体間の関係において、お互いに衝突し、矛盾することがあることは当然である。そこに生まれる様々な紛争(コンフリクト)に対して、法秩序の側から紛争を一定の方向に導くというベクトルが働くとともに、その過程自体が既存の社会・経済の秩序を崩し変化させるというベクトルも働く。そこに生まれる不断のダイナミクスが、常に法秩序と現実の社会を形成し、あるいはそれを変化させることになる。

すなわち、様々な社会的課題ないし社会的紛争に関し、既存の法秩序は一定の公共的な価値規準の下で、権力的に整序する。具体的には、例えば、立法およびその具体的適用を行う行政や裁判において一定の権利・利益を取り上げ、要求に応じる、または拒絶するという形で法が機能する。しかし、その価値判断と現実に対する働きかけは、対抗する利益主張ないしそれが表象する実態の抵抗を受けることになり、また新たな社会的課題ないし社会的紛争を引き起こす、という過程が続くことになる。

法秩序と現実の諸力との間の、このような動的な過程の中で、法秩序における正義の理念(本稿では特に経済的自由)は、常に現実と緊張関係に立ち、社会・経済を、また法秩序自らを変化させることになる。この過程は、単なる裸の実力の闘争ではなく、法秩序の側の一定の公共的な価値体系とそこから導か

27) 「現行の実定憲法(Verfassungsrecht)を理解するには、その対象たる憲法(本訳書のママ)(Verfassung)を理解することが前提になる」(ヘッセ [1983] 3頁)。周知のように、既にシュミット, C. [1972] は、「政治的統一の様式および形態についての全体的決定」と定義される「憲法(Verfassung)」と、実定法としての「憲法律」(Verfassungsrecht)を区別していた。

28) ヘッセ [1983] 14頁以下参照。

れる価値規準が、個々の紛争に現れる、異なる価値主張と切り結ぶ過程でもある。

(5) 上記のことを我々の具体的検討対象である経済法的諸現象に引き寄せて言えば、国家が国民経済の全体を秩序づける場合（経済秩序法の設定・変更）、あるいは、個別の産業分野や経済的課題に関し規制しようとする場合（個別の経済過程に係る経済規制法の生起）、それらの法目的や具体的な法の運用・適用<sup>29)</sup>における目的が全体の法秩序に内在する価値秩序と調和する必要がある、ということである。もちろん、このような国家の秩序づけ、または規制に向けられた行為が、既存の法秩序に内在する価値秩序を変化させるという逆の連関にも注視する必要がある。

法の形式論理的考察のみでなく、上の意味での目的論的な (teleologisch) 概念構成および思考が重要であり、全体の法秩序における価値ないし法理念と、経済秩序法や個別の法の運用・適用を基礎づける法律およびそこに含まれる諸規定の具体的な目的とが、意義深く関連づけられていなければならない。

(6) 経済法の中心となる独占禁止法については、特に近年は、経済学の影響の下で功利主義の観点からだけみる傾向が強い。しかし、上記のように、他の法分野と同様に、経済法においても、それが追求する目的が、倫理的秩序 (Sittenordnung) ないし法秩序と調和する限りにおいて、法としての内実 (Rechtsgehalt)、そして法としての正当化 (Rechtfertigung) を得ることができる。

本稿の背後ないし基底にある問題関心は、個人の自由な自己展開と社会全体の普遍的調和を同時に可能とする全体的秩序をどのように構築するか、ということにある。後に述べるように (本節二)、近代市民革命は、「個人」と「社会」を新しく創出したが、それによって、これら両者の関係をどう捉えるかという新しい問題が生じるようになった。

これは、よく知られている問題の立て方に即していえば、公益と私益の関係として論じられていることにほかならない。経済法の領域についていえば、経済主体の自由な活動が、どうして社会において正当なものとして承認されるの

---

29) ここで、法の運用とは、典型的には、所管行政庁が法に基づいて一定の行政行為等を行うことを指し、法の適用とは、その前提になる、個別の法規定を具体的な事例に当てはめることを指すことにする。もちろん、裁判において行われるのは、法の適用であるが、非訟事件等において裁判所も法の具体的運用を行う。



か、ということである<sup>30)</sup>。本稿では、私益・公益の中身に少し立ち入って、その歴史的成立から跡づけ、経済主体（個人のみならず法人も含むとされることの問題も重要である）と経済的構造を踏まえて検討することにしたい。

本節では、近代市民革命を経て成立した近代市民法と市場経済体制という理念型が、現実においてどのような内容・形態をとり、その後、どのように変化していくかをみる（その理論的検討は、本章第4節で行う）。

### 3 近代市民法と市場経済体制・資本主義経済体制の展開

(1) 近代に成立した市場経済に関する法秩序の中心をなす近代市民法は、上述の法価値的観点のみならず、経済の実態ないし具体的な経済秩序と整合的な内容と形態において成立しているか否か、という観点からもみる必要がある。

西洋諸国において長い年月をかけ実際に成立し機能した市民法は、実定法としては民法が中心となるが、イギリスではその大部分が判例法として形成されてきた等々、それぞれ固有の歴史的展開の中で具体的に多様な内容と形態をもつ。しかし、ここでは、それらを一般化・抽象化した「理念型」としての市民法を念頭においている（前述、本節—1(2)参照）。

理念型としての近代市民法は、人格・私的所有権・契約を基本的カテゴリーとし、自由で平等な法的主体による商品交換関係を原型とする「市場経済体制」と結びついて構成された。ただし、この商品交換関係を支える競争秩序および資本主義の現実の動態は、近代市民法においては直接的には明示されていない。

近代市民法の実定法化によって成立した各国の民法、あるいは、商法等も含め、より広く私法秩序においては、自由で平等な法的人格（法主体）の権利を確定し、保障することが目指されていた。この私法秩序を支えるのは、憲法による個人の人権を前提とした所有権と経済的自由の保障であり、これらから成り立つ法秩序と自由資本主義経済体制の下での「市場経済体制」とが調和するとされていた。

そのような近代市民法ないし私法秩序が、19世紀の自由資本主義経済の実態とどれだけ整合的であったか、ということは、各国ごとに検討すべき課題であろう。さらに、その後変化しつつある資本主義経済の実態と近代市民法との

30) 舟田 [1975-77] (2)562頁以下参照。

間の不整合性または軋轢・矛盾がどう現れたかをみることも重要である。

独占資本主義の段階になると、重要産業を中心として独占的（または寡占的な）大企業による市場支配が広く行われ、前述の自由で平等な法的主体による商品交換関係とかけ離れた経済実態になる。同時にそこでは、国家による経済介入が常態化し、自律的な経済を前提とする市場経済体制という前記の理念型は、深刻な形で現実の経済秩序と乖離してくる。

さらに現代資本主義経済の段階では、一方で、大企業による市場支配は、多様に変容しながら多くの産業で新たな展開をし、国家による経済介入も拡大・深化するが、他方で、競争法が制定・実施されるようになる。後者に注目して、公正かつ自由な競争秩序の維持・形成という課題を法秩序が明示的に引き受けることにより、市場経済体制と整合的な諸価値を回復・実現すべきである等と説かれる。これに対し、競争法が公正かつ自由な競争秩序を形成することはあり得ず、独占的企業による経済支配を覆い隠す、いわば「いちじくの葉」に過ぎないと批判する立場もある（後者については、前注4を参照）。

しかし同時に、前記の近代市民法と市場経済体制の組み合わせを前提とした法秩序・経済秩序それ自体が既に変質していることは明白であるので、私法秩序において実質的な「契約的正義」の実現・担保が図られるべきであるとの議論や、個人（特に消費者）の実質的な経済的自由を立法や解釈によって実現すべきだとの議論、さらに、資本主義経済体制に内在する価値観とは異なる理念、すなわち社会権・社会国家理念に基づく新しい法秩序が形成されるとの議論も力を得るようになる。

このことは、独占禁止法や個別の経済規制法についてだけでなく、取引秩序を規制する私法秩序についても、それらの現代経済における位置づけ・性格についての再検討を要請しており、これら諸法によって構成されている法秩序が、現代経済の実態ないし今日の「経済秩序」とどのようにして整合的な内容と形態を獲得するかを考える必要がある。

(2) 法は歴史の中から、すなわち現実の多様な経済秩序や社会実態そして人々の政治的議論・闘争の中から、生成・展開する。すなわち、法はすべて具体的な歴史的生成・展開の中で捉えるべきであって、例えば、現時点での諸外国と日本の実定法としての経済法を平面的に比較しても、その一部しか明らかにできないであろう。

他方で、法はその独自の体系性および正統性を確保するために、法独自の論

理性と価値秩序をもつ必要があり、個々の実定法の存在形態においては、個別具体的な歴史性は捨象されるのが通例である。

近年の実定法の研究、特に経済法の研究においては、実定法としての独占禁止法や個々の経済規制法・給付行政法の解釈とその理論化だけに集中する傾向がある。しかし、法律学において、歴史から学ぶという方法の重要性を再認識する必要がある。すなわち、実定法の解釈においても、今の時点で成立している諸法だけを見るのではなく、それらが特定の歴史の中で形成され、その連続性のうちで常に動いていくものであるという観点からみるべきものと考えられる。

ただし、歴史から学ぶとは、それぞれの実定法の個別の規定や特定の行政運用、あるいは特定の判決による解釈等が生まれた経緯ということではなく、前記のように、法が法秩序として存在していることを踏まえ、諸規定が全体の法秩序の中で位置づけられることも含めて考えるということである。

もっとも、本稿は、経済法の歴史学ではないから、事実を子細に追うことはできないし、またその必要も薄いであろう。以下では、経済法の生成と展開を、西洋、特にドイツを中心として大陸法系諸国における近代市民法の形成以降の歴史の中で捉え、それを比較軸としつつ日本における経済法の生成・展開の特質を明らかにすることにする。

米国は、近代以降の国家・社会について、ドイツ等における「国家と社会の二元主義」とは全く異なる構成、すなわち「政府と社会」(government and society)という構成を採り、その法体系もイギリスのコモン・ローからの発展という形態をもっていた(本節23を参照)。

日本は明治以来、大陸法系の圧倒的な影響下にあったし、戦後、独占禁止法のように米国法の継受がなされた後も、全体の法体系と法運用等において、依然として大陸法系の考え方が根強く残っていることから、ドイツを中心的な参照軸とすることにも意味があるであろう。

## 二 近代市民革命と近代市民社会

### 1 近代市民革命における立憲主義と人権

#### (1) 基本的制度と憲法の創出

フランス革命に端的に現れたように、近代市民社会形成の特殊性は、それまで一個の神与の、『自然の』秩序として考えられていた基本的制度(「国制」=

Verfassung) を打破し、国家・社会の総体を、他ならぬ人間が構成・組織する (verfassen)、という課題意識への転換の下に行われたという点にある<sup>31)</sup>。

これは同時に、人々が新たに作り出した基本的制度 (Verfassung) の実定法化、すなわち、人間意思の所産としての憲法 (Verfassungsrecht としての成文化) を創るという転換でもあった<sup>32)</sup>。

そこでは、人々が社会全体の基本的制度を、すなわち国家の組織のみならず、国家と社会を包含する総体的構造を定めることが目指されたのであり、国民の生活秩序、客観的価値秩序の基本を規範的に表現しようとしたのである。フランス革命に発する近代的な、全体社会の基本的制度は、社会的生活連関を全体として秩序づけようとするものであり、特に「人権は社会と国家をともに包括して組織する制度の原理」であった<sup>33)</sup>。

ただし、その後のドイツでは、後に述べるように、1848年の市民革命挫折、法実証主義への流れの中で、国家と社会が切斷され、基本秩序が「憲法」という実定法の1つとして、すなわち国家の制度 (Staatsverfassung) だけが取り出され、「公法」の一分野に縮小される。

他方、アメリカ新大陸における市民革命によって成立した基本秩序と憲法は、これとは異なる性格をもっていたと考えられる (後述、本節一5の冒頭を参照)。

## (2) 個人とその人権

H.メインの「身分から契約へ」という周知の言葉は、上述のような意味で市民革命の性格を象徴している。また、この言葉にある「契約」を結ぶのは誰かということを考えれば、ここで主体としての個人が析出されたということも表しているといえる<sup>34)</sup>。

1789年のフランス人権宣言16条は、「権利の保障が確保されず、権力の分

---

31) シュミット, C. [1972] 98頁参照。これについては、舟田 [1975-77] (2) 539頁, 551頁以下, (7) 636頁等を参照。

32) 樋口陽一 [2010] 8頁参照。水林彪 [2008] は、広中俊雄 [1989], 広中俊雄 [2006] に啓発された論考において、1789年人権宣言と1791年憲法の段階では、後記のドイツの国家と社会の二元主義と異なり、経済社会であるとともに政治社会でもある「市民社会」に対し妥当する全法体系の根本法として位置づけられていた、と説く。

33) 舟田 [1975-77] 636頁。これは、ハーバーマス [1969] (I) (II), ハーバーマス [1973] の示す「制度」概念に従って、それをまとめた文章である (「」内の引用はハーバーマス [1969] (I) 116頁から)。その他、舟田 [1975-77] (2) 542頁, (7) 612頁等をも参照。

立が定められていない社会は、憲法を持たない」と規定する。社会契約説、自然法論等から生まれた立憲主義（立憲制）の政治理論は、まずイギリスで起り、アメリカやフランスに継承されていく。これらの立憲主義の下での憲法は、個人の尊厳という究極的な価値を基礎に置いており、そこでは、すべての人は生まれながらにして平等で自由かつ独立しており、内在的権利としての人権を有しているとされた。

フランス人権宣言は、正確には「人および市民の権利宣言」であり、既にここで「人」と「市民」(citoyen.「公民」とも訳される)が区別されている。その1条以下のほとんどの条項では、人の権利(=人権)が述べられており、市民の権利とされているのは、わずかに立法参加権(6条)、租税の分担(13条)、租税に関与する権利(14条)にとどまる<sup>35)</sup>。近代市民社会における「市民」は、国家主権とのかかわりにおいては、「人間と市民の諸権利」の主体たる「シトワイヤン」(citoyen)として現われると同時に、市場経済の担い手たる「ブルジョワ」(bourgeois)としての自己規定性をもつ<sup>36)</sup>。

本稿の具体的関心事である経済的基本権については、「所有」は人権のカテゴリ(2条)に入っており、経済的自由は「所有の自由」としてのみ認められることになる<sup>37)</sup>。しかし、その後に出された1793年の「人および市民の権利宣言」(17条)や1795年の憲法(355条)には、「営業の自由」の保障条項がある<sup>38)</sup>。

34) 樋口陽一 [2010] 39頁, 44頁その他を参照。なお、樋口陽一における立憲主義のフランス範型論、アトムの個人への解体等に対しては、多くの批判がなされており、それらの議論を踏まえると以下の叙述は歴史認識としてあまりに粗雑であるが、本稿の立場を導くためのスケッチとして読んで頂ければ幸いである。

35) 稲本洋之助 [1968]によれば、この人権宣言は、前国家的・前憲法的性格を有しており、実定法ではなく、これから形成される憲法に対する原理的拘束を意図していたため、ここでの市民の権利とは、国家を形成すべき市民の権利であり、これによって社会形成の目的たる人権(自然的諸権利)を保全する、という関係にあった。人権と市民の権利については、多くの議論がある。差し当たり、樋口陽一 [2010] 298頁以下参照。

36) 成瀬治 [1984] 2頁参照。

37) アーベントロート [1971]によると、戦後のボン基本法でも、経済的自由は市民権という位置づけのままである。しかし、人と市民(ドイツ人)を区別する実務上の射程はわずかであるとされている。ヘッセ [1983] 186頁以下参照。少なくとも日本の憲法では、市民権は主として参政権として整理されているようであり、自由権・参政権・社会権をすべて含んだ意味での人権だけ問題にすれば足りるから、本稿ではこれ以上立ち入らないことにする。

38) この「営業の自由」条項について、稲本洋之助 [1972] 179頁以下参照。

これに対し、挫折した市民革命しかもたなかったドイツでは、君主による改革の成果として、一定の市民の権利（公民権 = Staatsbürgerliche Rechte od. Bürgerrechte）が認められたにすぎない。ここでも、ようやく19世紀中頃になって基本権（Grundrechte）が語られるようになる。しかし、これらはすべて法律の留保の下におかれ、前国家的な権利ではなく、国家によって保障される権利にすぎなかった<sup>39)</sup>。これは戦前の日本でも同様である。

## 2 「営業の自由」——独占への対抗原理

### (1) 「独占・取引制限からの自由」

18世紀末、人権を享有する主体としての人間という概念を打ち立てた市民革命の頃は、前期的商業資本と新興産業資本の間の抗争の途上であり、産業革命はまだ始まっていないか（ドイツ、フランス、米国）、あるいはまさにその途上にあった（イギリス）。

10, 11世紀から既に始まっていた「商業の復活」は、中世都市の商人階層を主たる担い手として、次第に全ヨーロッパに広まり、限定された商品交換という意味での市場経済が徐々に拡大していく。しかし、そのように限定された市場経済においては、農村の荘園を基礎とする領有制と身分制国家の下で、さらに15世紀頃からは重商主義をとる絶対主義国家の下で、国王からの特権の付与に基づく前期的商業資本による「初期独占」、あるいは同業組合的結合に基づく職業独占が支配していた。

これらの独占支配に対し、新興産業資本勢力は、「独占・取引制限からの自由」としての「営業の自由」（英 freedom of trade, 独 Gewerbefreiheit）を主張し、要求するようになる。17世紀頃のイギリスでは、この社会・政治運動と平行して、裁判所において、コモン・ローにおける「取引（営業）制限の法理」（doctrine of restraint of trade）では、「独占者以外の他の者の営業の自由が制限されている」ことが問題とされた<sup>40)</sup>。これらの過程の中で、初期独占は、1648年の「権利の請願」、1689年の名誉革命後の「権利の章典」によって解体される。

---

39) 当時のドイツにおける憲法上の「法律の留保」概念については、差し当たり、シュテルン [2009] 12頁以下参照。

40) 川濱昇 [2004] 64頁。コモン・ローの「取引（営業）制限の法理」については、堀部政男 [1968]、岡田与好 [1987] 16頁、横川和博 [1997]、谷原修身 [1997] 等、多くの研究がある。

18世紀末のフランス革命においても、初期独占は市民革命の攻撃目標とされた。また、アダム・スミスらの古典派経済学者が、商業・貿易の「独占」と、同業組合による職業の「独占」を批判したことは周知のとおりである<sup>41)</sup>。

(2) 対抗論理としての「営業の自由」

イギリスやフランスの市民革命においては、『『営業の自由』は、単に経済的諸活動の観念的な総和(抽象)であったのではなく、現実に存在した同業組合的結合に基づく職業独占——それを担保し強化するための国家法上の規制——に対抗し、それを否定するための観念として主張され、理解された<sup>42)</sup>。

すなわち、当時の「営業の自由」は、個別具体的な標的に向かって、それへの対抗の論理として打ち出されたのであった。例えば、上記の同業組合的結合に基づく職業独占と並んで、国家間・地域間の通商も各国の重商主義政策の下で特定の事業者の独占によって行われていたが、これに関しても、「通商の自由」が議論されたのである。

「自由」の概念について簡単にふれておくと、イギリスのピューリタン革命における自由の保障形式は「諸々の自由」(liberties)の個別的「請願」という形をとっていた。しかしその後、徐々に「抽象的自由」として整序され、『『自由』の後国家的保障の形式が確定することになる<sup>43)</sup>。

すなわち、市民革命において主張された「営業の自由」は、従前の特権的自

41) 本文の記述は、岡田与好 [1975]、岡田与好 [1987] によった。「初期独占」等については、周知のように大塚久雄等以降、紀藤信義 [1977] など多くの研究の蓄積がある。

42) 稲本洋之助 [1972] 196 頁。

43) 戒能通厚 [1972] 175 頁は、イギリスのピューリタン革命における所有権の自由の「保障形式は『諸々の自由』(leberties)の個別的『請願』にとどまっている。……しかしながら、……、『抽象的自由』の名目よるところの所有権の優越により整序され、『『自由』の後国家的保障の形式が確定することになる」と述べる。下山瑛二 [1972] 54 頁以下も同様。

ただし、イギリスでは、フランスが憲法上の人権として明示したのと異なり、本文で挙げた権利の請願や権利の章典という形と並んで、実定法としてはコモン・ローにおける権利の承認という形式をとった(堀部政男 [1968] 参照)。大野忠男 [1994] 6 頁は、イギリスの歴史から、「こういう歴史的背景をもつ自由は、抽象的な原理から演繹された『単数の自由』ではなくて、伝統としっかり結びついた具体的な『複数の自由』であった」と述べる。

ドイツでも、市民革命以前における貴族の「自由」は、特権とでもいえるべきものであり、「多面的、多元的な権利をそのなかに含んでいた」(栗城壽夫 [1997] 159 頁以下参照)。

本文で述べたイギリスの「諸々の自由」(leberties)と同様に、ドイツ 19 世紀前半において「自由と所有権」という定式が用いられるようになったことにつき、村上淳一 [1979] 188 頁以下および注 12 は、「『自由と所有権』がもはや身分制的=具体的な『諸権利と諸自由』ではない」とされ、既得権との関連が薄れていく過程を説いている。

由を批判・否定する理念であったが、それは新興産業資本勢力が従前とは別の特権的自由に置き換えようとしたものではなく、新しい自由の理念を打ち立てることによって対抗したものである。これは、「身分的自由から市民的自由への転換」などと言われるが<sup>44)</sup>、精神的自由・身体的自由と異なり、経済的自由に関しては、前国家的な自然権を裸のまま持ち出すことは不可能であり、自由な経済秩序における自由、経済社会の秩序の中の自由と構成せざるを得ない。これが、次に検討する、「営業の自由」は、「人権として追求されたものではなく、いわゆる『公序』(public policy)として追求された」という論争点につながるのである。

### (3) 「営業の自由」論争

上記のように、市民革命における「営業の自由」の主張は、旧来の特権・独占に対抗する原理として提示されたものであり、そのターゲットは具体的な特権・独占であった。同時に、それを権力側および社会に対し説得的に提示する際に、一般的な経済秩序としての自由経済体制の確立を要求したのであった。これを強調する岡田与好『独占と営業の自由』(1975年)は、主としてイギリス市民革命を念頭に、「営業の自由」が国家からの自由としてよりも、独占への対抗原理として主張された、ということを明確に打ち出した。

『『営業の自由』は、歴史的には、国家による営業・産業規制からの自由であるだけではなく、何よりも、営業の『独占』(monopolies)と『制限』(restraints of trade)からの自由であり、かかるものとして、それは、誤解をおそれずいえば、人権として追求されたものではなく、いわゆる『公序』(public policy)として追求されたものであった<sup>45)</sup>。

この文章の後半で説かれている、「営業の自由」は人権か公序かという論点は、後に現在の憲法学をみる際に検討することにする(本章第3節参照)。ここでは、前半の「国家からの自由」か、「独占・取引制限からの自由」かという

44) 成瀬治 [1984] 10頁以下参照。

45) 岡田与好 [1975] 32頁(これは後に、岡田与好 [1987] に収録)。なお、ここで「主としてイギリス市民革命を念頭に」と断ったのは、フランス・ドイツへの考慮がないということではなく、同書の主張がイギリスの歴史にもっとも適合的であるという趣旨である。同書184頁でも、ドイツにおいては「『初期独占』の破壊の画期をもつことなく」、等と述べられている。

なお、フランスにおいては、民法上、営業の自由が公序の内容をなすものとされていたことについて、前注32)の小林彪 [2008]のほか、山口俊夫 [1987]、大村敦志 [1999] 186頁を参照。



論点に注目しよう。

この論点は、この岡田与好 [1975] を契機として行われた「営業の自由」論争における主要な争点であった。そこにおいて多くの法学者の多くは、岡田与好が説く「独占・取引制限からの自由」を批判し、憲法上の「職業選択の自由」には、その営業を行う自由、ひいては経済的一般の自由も含まれ、これは「国家からの自由」として構成されているのであって、私人間の関係に対しては、憲法上の基本権規定についての「間接効力説」(=「間接適用説」)によるべきだ、という通説に従って反論した<sup>46)</sup>。

歴史的には、「営業の自由」は、岡田与好が説くように、前期的商業資本による独占に対抗し、「独占・取引制限からの自由」として主張されたものである。先に市民革命では、「国家・社会の総体を、他ならぬ人間が構成・組織する」、「基本秩序は、国家の組織のみならず、国家と社会を包含する総体的構造を定めることが目指された」と述べたが、そこにおいて主張された全体社会の基本秩序においては、独立・自由な個人が主体として認知されることが出発点である。「営業の自由」も、国家に対してのみならず、経済社会に対しても、具体的には旧来型の特権・独占を享受する者に対しても主張され、勝ちとられたものであった。

岡田与好は、そこから現在の日本の憲法 22 条 1 項の解釈論を直接的に展開したために、この論争は憲法学の通説からの反論がなされ、他方で、岡田与好の所説を積極的に評価する一部の論者は、歴史認識と憲法の理論的把握に閉じていたため、議論がかみ合わないままに終わった感がある。また、この問題は経済法学にとって重要な論点を含むはずであるが、今日に至るまで受け継がれることはほとんどなかった<sup>47)</sup>。ようやく近年の憲法学において、人権の再構

46) その概要については、岡田与好 [1987] を参照。

47) 岡田与好 [1975] の初出論文は 1969 年に公表され、以後約 10 年間に多くの議論がなされた。主なものとして、今村成和 [1972] 89 頁以下、今村成和 [1980] 141 頁以下 (以上の初出は 1970~74 年)、樋口陽一 [1971]、広中俊雄 = 渡辺洋三 = 岡田与好 [1972]、長谷川正安 [1973]、中島茂樹 [1977]、小島康裕 [1981]、藤井俊夫 [1996] 等を参照。

経済法学においてこの問題を扱ったものには、丹宗昭信 [1982] 153 頁以下、本間重紀 [1976]、富山康吉 [1976]、土田和博 [2002] 16 頁以下、川瀨昇 [2004] 等がある。私も本論争当時は、舟田 [1975-77] (5) 722 頁等でふれるにとどまっていたが、そこにおける「営業の自由」、「競争の自由」、「経済的自由」の歴史的意義・解釈論上の意義を踏まえ、舟田 [2009c] 所収の諸論文で検討を重ねてきた。

成、ひいては前記の間接適用説の再検討という過程で取り上げられるに至っている（この点は後にふれる）。

現代の経済においては、市民革命時のような国家による特権・独占の付与・承認ではなく、大企業の独占・寡占による市場支配や、取引の相手方に対する経済力の不当な行使が大きな問題になっている。しかし、現行憲法についての通説的解釈によれば、経済的自由（憲法22条・29条の職業の自由および財産権の自由）は国家に対する自由、すなわち消極的自由である。したがって、実際には、私人（主として企業）に認められる、この消極的自由を制限する独占禁止法や経済的規制法等に基づく諸規制が違憲か否かだけが問題になる。

極めてラフにいえば、市民革命時の「営業の自由」は独占に対する自由であったが、現代では、独占的状态および独占的行為を規制するか否かは原則として立法政策の問題であり、独占的な企業も経済的自由という人権を享受することができる、ということになっており、これは市民革命時の理解からみれば、いわば逆立ちした構図になっているのである<sup>48)</sup>（この問題については、後に第4節で再検討する）。

#### (4) ドイツにおける「営業の自由」

前記のように、イギリス等における「営業の自由」獲得の動きが一定の成果をあげたのに対し、プロイセンでは、封建的土地所有内部の強度な支配が農民層の独立とその自由な分解を排除し、中小商品生産者層の成立と展開が充分な余地を与えられず、商人資本による生産支配の体系が主導し、旧秩序が維持されながら資本主義が構築されていった<sup>49)</sup>。例えば、著名なプロイセンの「10月勅令」（1807年）は、ツunft強制を残したまま、かつ貴族・農民・市民という身分ごとに、一定の「営業の自由」を認めた。

その後、1848年の激動を経て、1869年の北ドイツ連邦営業法および1971年ドイツ帝国営業法による「営業の自由」の確立（同法1条は国家の営業許可を原則不要とした）、翌年のドイツ普通商法典改正による会社設立についての準則主義への転換等に象徴される約30年間は、ドイツの経済的自由主義の時代と呼

---

48) 独占・寡占による市場支配や、取引の相手方に対する経済力の不当な行使が、競争事業者や取引相手の経済的自由を不当に侵害していないかを問題にすべきであるのに、今日の憲法学では、独占禁止法に基づく諸規制が違憲か否かだけが問題になることを「逆立ちした構図」と述べた。この指摘は既に、岡田与好 [1987] 19頁、樋口陽一 [2010] 249頁以下等にみられる。

49) 高橋幸八郎 [1969] 126頁以下、舟田 [1975-77] (2) 569頁以下参照。

ばれる<sup>50)</sup>。

しかし、その間にあっても、貴族による領主制等の古い制度が残ったまま、ビスマルクの新重商主義的経済政策が実行されていたのであって、イギリスのマンチェスター学派が強力に主張したような自由放任（レッセ・フェール）の主張が実現したわけでは毛頭ない。

「営業の自由」を反独占として捉える見方は、ドイツでも19世紀前半のいくつかの法令でみられるとも説かれているが、19世紀末にドイツ民法草案が議論される過程でこの観点は放棄され、競争制限的行為も契約の自由に含まれるとされることになった<sup>51)</sup>。

前記の岡田与好の所説と同様に、後年、F. ベームは、「営業の自由」を「秩序的・制度的性格」をもつものであり、公法上の制度であるとし、かつ、カルテルは営業の自由を定めたドイツ帝国営業法1条に違反しないとした1897年の大審院判決を批判したが、当時のドイツでこのような見方はほとんど存在していなかった<sup>52)</sup>。

### 3 米国における反独占と多元主義

#### (1) 共和主義の下での政府と社会

以上のような近代市民法の歴史的形成は、主として大陸法系、特に独仏における「国家と社会の二元主義」を念頭において述べたものである。他方で、米国では、連邦制度と伝統的に強固な共和主義<sup>53)</sup>の下で、それとは異なる「政府 (government) と社会 (society)」の関係が形成されてきた<sup>54)</sup>。

アメリカ革命をめぐって現われた自由主義的理解においては、自然状態あるいは自然発生的社会から由来する交易の実質は政治的秩序の枠内でもそっくり

50) 村上淳一 [1985] 206 頁以下、松井秀征 [2010] 89 頁以下、伊藤孝夫 [2009]、舟田 [1975-77] (5) 713 頁以下等を参照。

51) 広渡清吾 [1998] 46 頁以下、52 頁以下参照。

52) 1897 年の大審院判決については、丹宗昭信 [1959]、丹宗昭信 [1969]、坂本延夫 [1978] 80 頁以下、村上淳一 [1985] 206 頁以下、314 頁以下、高橋岩和 [1997]、広渡清吾 [1998]、松井秀征 [2010] 223 頁以下等を参照。F. ベームの所説については、後述、第1節2参照。

53) ここで共和主義とは、政府が社会における経済的な利害状況から中立性を保つことが、社会における自由を守ることになる、逆に言えば、「自己の党派的な経済利害を公共決定の場に持ち出さない、自律した市民が公共的意思決定のインテグリティを担保し、民主的政治プロセスが衆愚型多数主義に陥ることを防ぐ」、という意味で用いている。参照、川濱昇 [2004] 80 頁。

温存され、それどころか、政治的秩序の唯一の目的はこの実質を保全することにある。ここでは社会は生ける全体であり、政府は、そこから分離した契機にすぎず、自然権を実施する任務を、取り消し可能な形で付託された機能体として把握される。

これに対し、フランス革命において現れたのは、社会総体を組織する基本的制度 (verfassung) の構成という問題設定であった。社会の自然的基盤をあてにすることができないところでは、頽廃し歪められた社会的交易に対抗して、「社会総体の秩序の構成」それ自体を試みる必要があったのである<sup>55)</sup> (前述、本節二1)。

## (2) 自由放任主義から反トラスト法の強化へ

米国では建国以来、経済・社会の自律性を信頼し、そこへの国家 (連邦・州) 介入を原則として認めないという意味合いで、自由放任主義が広く認められた<sup>56)</sup>。その後の資本主義経済の展開とともに、欧州諸国と同様に、米国でも19世紀後半から労働者の待遇改善を目的とした社会立法が州レベルで行われるようになるが、著名なロックナー事件判決 (1905年) に代表されるように、それらの立法は契約の自由を制限するから違憲であるという趣旨の判決が次々と下された<sup>57)</sup>。

しかし、米国でも19世紀後半から、独占資本主義への変容がみられ、独占化の伸張が著しく、いわゆるグレンジャー運動に代表されるような反独占に向けた運動と立法が興隆する。1887年に州際通商法、1890年に最初の反トラスト立法であるシャーマン法が成立し、連邦による経済的規制が少しずつ拡大されていく。1914年には、既に明らかになっていた諸産業における独占化・集

---

54) ドイツの「国家と社会の二元主義」との対比で、米国の「政府」—「市民社会」という特有の関係に注目したのが、H. エームケによる画期的著作、Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung* (1961) である。この点に限れば、ハーバーマスの米国理解もH. エームケと同様である。舟田 [1975-77] (1) 466頁以下、(7) 636頁以下参照。エームケについては、藤田宙靖 [2002] 65頁以下、376頁以下を参照。

ヘッセ [2006] 11頁以下も、伝統的な「国家」と「社会」の区別と対照的なものとして、H. エームケの「政府」—「市民社会」論を取り上げ、「『総体的結合』としての『政治的公共体』と、この総体的結合の内部における意見・意思形成の諸制度…の総称としての『政府』という、納得のいく区別」、と述べる。

55) 舟田 [1975-77] (7) 636頁参照。

56) 田中英夫 [1980] 293頁以下、木下毅 [1993] 219頁以下、ホーウィッツ [1996]、舟田 [1975-77] (2) 567頁以下等を参照。

中化傾向に対する世論の高まりの中で、連邦取引委員会 (FTC) 法・クレイトン法が制定されて、反トラスト法 (主としてシャーマン法とこれら2法を合わせてこう呼ばれる) の法体系が整備され、その執行機関である FTC や司法省反トラスト局の積極的な活動と判例の積み重ねの中で反トラスト法が発展した。その過程で、反トラスト法は、多くの判決や学説において、「自由企業のマグナ・カルタ」、「経済的自由の包括的憲章」などと呼ばれ、米国の経済秩序に関し基本的な重要性を与えられてきた<sup>58)</sup>。

1930年代のニューディール政策、そして1937年のいわゆる「憲法革命」において、「公共の利益」概念が大きく拡張され、従来の「契約の自由」論ないし実体的デュー・プロセス法理が崩壊し、「小さな政府」論を克服した「大きな政府」=「福祉国家」論が支配的となった<sup>59)</sup>。そこにおいて、NIRA (全国産業復興法 = National Industrial Recovery Act) の否定によりヨーロッパ型のコーポラティズムへの接近が絶たれ<sup>60)</sup>、連邦政府は強力な規制権限を持つようになった。

### (3) 多元主義・利益代表モデルから規制緩和へ

米国では、1920年代に現れた、多様な利害を有する諸団体の競争としての政治という多元主義的民主主義観ないし利益代表モデルが、特に1960年代頃

57) ロックナー事件判決については、ホーウィッツ [1996] 参照。最近の研究の中で、常本照樹 [1997] は、同様のケースについて多数の合憲判決もあったのであり、当時の裁判所は契約の自由を一方的に重視したという訳ではなく、「国家の中立性」という憲法イデオロギーの適用であったとする。近年の「ロックナー修正主義」と呼ばれる新しい研究動向を踏まえたものであり、これについては、清水潤 [2011]、山本龍彦 [2012] 等をも参照。

実体的デュー・プロセス理論 (Substantive Due Process) について、田中英夫 [1980]、田中英夫 [1987]、芦部信喜 [1973] 251頁以下、樋口陽一 [2011] 27頁以下、樋口範雄 [2011] 270頁以下等を参照。また、契約の自由・私有財産権の保障とデュー・プロセス法理の関係については、田中英夫 [1987] 159頁以下、193頁以下、伊藤孝夫 [2006]、滝澤紗矢子 [2009]、常本照樹 [1997] 23頁以下等を参照。

58) この点については多くの指摘がある。例えば、谷原修身 [1986]、谷原修身 [1997] を参照。

59) 阪口正二郎 [2004] は、「ニューディールは、そもそもコモン・ロー秩序それ自体の自然性、前政治性を否定し、コモン・ロー秩序それ自体が人為的で政治的なものであるとすることによって、『市場』それ自体が、法=国家による規制を前提にしてそもそも成立していることを明らかにした」のであって、「明確なベースラインの変更」がなされたのであると説く。「ベースラインの変更」が既に前世紀末から判例で次第に認められてきたということについては、後述、第3節一1(3)を参照。

60) ウィルソン、グラハム・K. [1986] 223頁以下、241頁以下参照。NIRAを支持する「産業の自治」等の考え方が否定されていくことにつき、土田和博 [2010] 818頁以下参照。

から有力に唱えられ<sup>61)</sup>、逆に、これに批判的な政治哲学上の諸説や、利益誘導型政治への傾斜に批判的な経済学による利益集団論や虜説 (capture theory) 等も広く主張された<sup>62)</sup>。虜説においては、規制機関が公益ではなく、被規制産業の利益を保護しているとするものであり、規制緩和論の重要な論拠の1つである。これらの経済学の理論に基づく「規制緩和」の主張が1970年代中頃から連邦政府によって採用され、航空産業、電気通信産業などに対する規制緩和が進展した。

ここでは、経済法ないし経済法学という統一的な概念はないまま、反トラスト法やその他の経済的規制法が独立行政委員会と裁判所によって多様に展開されてきたこと、その過程で連邦政府の経済立法・経済政策の遂行に関し、特定の利益を有する社会集団がそれを推進または阻止する運動との関係をどうみることが重要な問題として提起されてきたことが特徴的である。

### 三 自由資本主義段階における経済と法

#### 1 自由資本主義段階における経済秩序

##### (1) 経済的自由主義

欧州の諸列強が、1815～1914年の一世紀の間に互いに戦争し合ったのは、1859年の6ヵ月間、1866年の6週間、1870～1871年の9ヵ月間という、3つの短い期間にすぎない<sup>63)</sup>。19世紀、旧植民帝国の消滅と、国際金本位制時代へと発展する自由貿易時代を迎えたのである。重商主義的な戦争勢力が貿易の

---

61) その代表者として、ダール、R. [1988] 参照。なお、米国における行政法学による経済的規制の分析は、「立法的統制モデル」、「専門的・政策的裁量モデル」、「利益代表モデル」、さらに1980年代以降の諸モデルと分けるのが通例であり、これについては、古城誠 [1986]、畠山武道 [1990] 等を参照。

62) 虜説については、ステイグラー、J. [1983] 179頁以下、二本柳高信 [2000-2001] 等を参照。いうまでもなく、多元主義的民主主義観ないし利益代表モデルは、多数派の利益をそのまま反映した公的政策・規制を是とするものではない。トクヴィル=多元主義モデルにつき、樋口陽一 [2010] 40頁以下、米国政治思想における多元主義については、例えば、ガネル、ジョン・G. [1995] を参照。二本柳高信 [2000-2001] には、多元主義ないし利益集団論についてのかなり包括的な文献が紹介・検討されている。また、古城誠 [1986] 273頁等をも参照。井上達夫 [1991] 27頁注2,3等は、先進諸国で支配的になったリベラリズムが「組織的された利益集団の政治的圧力」の強化をもたらし、「権利の政治」に墮す危険性を指摘する。

63) 以下の叙述は、基本的にポランニー [1975a] に拠った。ポランニーについては、ポランニー [1975b]、ポランニー [1980]、ポランニー [2010]、若森みどり [2012] 等を参照。

新しい諸形態とともに急速に衰える一方、金本位制と結びついた新しい国際通貨・信用構造成立の結果、積極的な平和勢力が出現した。

アダム・スミス以降の古典的経済学は、広く欧米各国に受け入れられるようになり、特に1830年代になって、英国では経済的自由主義が十字軍の熱狂のごとく湧きおこり、「自由放任」(レッセフェール)は戦闘的な教義となった(マンチェスター自由主義)。

しかし、特に1870年代以降、欧米諸国には大企業が生まれ、カルテル、シンジケート、コンツェルン等の独占的結合が広がりつつあった(後述、本節41参照)。ここには、経済政策・経済思想と実際の経済実態との乖離がみられ、しかもそれは次第に顕著になっていくのである。

## (2) 市場経済の制度的整備

自由な市場経済が自然に、成行きまかせで生じてくるはずはない。例えば、当時のイギリスの主導的貿易産業であった綿工業は、保護関税、輸出奨励金、間接的賃金扶助等の助けを借りて生み出され、力を得たのであった。

市場経済は、18世紀末からの市民革命の熱気の中で、各国においてその具体的内容・形態は異なりながら、所有権およびその自由な行使・処分を可能にする経済的自由の普遍的承認とそのための法制度の形成の中から生まれたものであった。法制度上は、所有権・経済的自由を憲法や個別の法律等において規定し、あるいは、その障害となる様々な法律等を廃止する等の過程が必要となる。

ドイツにおける市場経済の生成について、F. ベームは、『競争と独占闘争』(1933年)の中で、1868年のプロイセン「営業法」による「営業の自由」の宣言、およびその補完・修正諸法令が「制度法上の総決定」とであると強調した(営業法については、既に本節2等でもふれた)。そこでは、自然法則にすべてを委ねる自由放任思想とは異なり、自然法則を正確につかむ経済理論、およびそれによって獲得された経済モデルとしての競争経済を「経済制度」(Wirtschaftsverfassung)として決定し、その地点から法秩序を形成した、とされる<sup>64)</sup>。

64) Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933), Franz Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung (1937). F. ベームについては、舟田 [1975-77] (5) 715 頁以下参照。

「営業の自由」の補完法令としては、株式会社の設立についての許可主義から準則主義への転換の戦いを挙げることができる。これは、1850年代に開始され、1870年の株式会社法改正に結実し、これによって、「営業の自由の概念は、今や株式会社にも波及することとなった」<sup>65)</sup>。

村上淳一 [1985] は、1868年営業法は「国家的監督およびツンフト強制からの営業の自由の解放のみを目指していた」のであって、F. ベームの説くような『「憲法としての性格をもつ』法律、ないし公序と解することには無理であろう」と述べる<sup>66)</sup>。村上淳一は、F. ベームが「営業の自由」を公序と捉え、それに反するカルテルを違法とするのに対し（これは前出の岡田与好の所説に通じる）、それは「経済社会への国家の介入による競争秩序の維持までも意味するものではなかった」として、カルテルを違法としなかった1897年大審院判決を支持する（本判決については、前記、本節2(4)でふれた）。

この議論は後に再検討するとして、19世紀の前半から70年頃にかけての諸立法によって、当時のドイツの経済秩序が、徐々に自由資本主義経済の展開を可能にするような市場経済体制を基礎とするものに変った、ということには異論はない。ただし、既に述べたように、その経済秩序は、理念型としての市場経済体制とはかなり異なる様相を呈していたし、F. ベームの説くような「制度法上の総決定」であったかどうかは議論が残るところであろう。

自由資本主義段階における経済秩序についてこれまで述べてきたことは、ハイエクが強調した「自生的な」秩序論を斥け、社会秩序・経済秩序についての「設計主義」を採るべきことをも意味している<sup>67)</sup>。ハイエクの「自生的な」秩序論は、1つの思想または哲学の主張とはなり得ても、現実の歴史を踏まえた経済秩序・法秩序の把握を試みる本稿においては採り得ないと考えられる。

---

65) これはB. グロースフェルト (B. GroBfeldt) の言葉であり、松井秀征 [2010] 97頁、村上淳一 [1985] 214頁以下による。B. グロースフェルトによる競争と株式会社に関する所説については、田中誠二ほか [1978] 257頁以下 (久保欣哉執筆)、および、そこに挙げられている諸文献を参照。

66) 村上淳一 [1985] 228頁以下参照。同様に、新自由主義の流れをくむバラシユェット (K. Balzerstedt) も、当時の営業の自由の保障は、ただ国家に向けられた性格を帯有するものであり、F. ベームの主張は歴史的証明に耐えうるものではないと批判する。これについては、坂本延夫 [1978] 140頁参照。

67) 平井宜雄 [1995] 58頁参照。市場経済体制が法秩序によって創造された形成物であることは既にふれた (本節1)。ハイエクとドイツ新自由主義の違いについて、レプケ [1954] 8頁以下、483頁、504頁注29を参照。



### (3) 市場経済体制と個別的市場

このように人為的に成立した「市場経済」は、理念型としては、諸々の市場からなる1つの自己調整的システムである(ただし、現実の欧米諸国民経済において成立した市場経済体制は、その近似型に過ぎない)。理念型としての市場経済体制とは、市場価格のみによって統制される経済であり、市場価格以外には何ものによっても統制されない経済のことである。外部からの助力や干渉なしに経済生活の全体を組織化することができるこのようなシステムは、たしかに自己調整的と呼ぶに値しよう。

市場経済が経済生活のさまざまな要素と関係を持ちうるのは、「商品」概念の成立と現実化のおかげである。商品とは、市場での販売のために生産されるものとされ、また市場も、多数の買い手と売り手の交渉によって成立するとされる。そこでは、全生産要素が、価格と相互に作用しあう需要・供給メカニズムに従属することになる。

ここで、市場経済という体制(システム)と、個々の市場における価格メカニズムを明確に区別しておこう。

市場経済体制とは、ある一定の広がりを持つ経済圏(通常は各国ごとの国民経済)において、個々の経済主体が、それぞれの判断に基づいて市場において取引を行い、それによって資源配分と所得配分が行われる仕組みのことを指す<sup>68)</sup>。

これに対し、ミクロ経済学の出発点である市場の機能とは、個別の商品・サービスをめぐって競い合いと交渉・取引が行われる場としての「市場」において、需要と供給が価格を指標として調整が行われる、という価格メカニズムを指している。

ただし、後者、すなわち価格メカニズムの作用する個別的市場については、ミクロ経済学における「完全競争」という概念の限定性を踏まえる必要がある。完全競争は、競争的行為が合理的に行われる余地が既に使い尽された結果として均衡において成立している静態的狀態を指しており、したがってそれは、現実の市場における競争過程の規範的性質とその重要性(意義)については何も語り得ない、と指摘されている。

この「状態」としての完全競争に対置して立てられている「過程」としての

68) 今井賢一ほか [1971] 1頁以下参照。

競争については、シュンペーターの説く、生産方法や産業組織を内生的に変化させる「革新過程としての動的競争」、および、ハイエクが強調するような、ライバル企業間の競争的行為の継起から成る「競合過程としての動的競争」がよく知られている。後者は、ハイエクの「発見過程としての競争」としてよく知られているものであり、市場を取引・交渉という社会的関係としてみて、それ以前には有しなかった新たな情報（知識）を発見し、伝達する機能の発揮される場と捉える<sup>69)</sup>。

上記の競争の多義性を承認するとして、それらの競争は、すべて前記の個別的市場において行われる。もちろん、「過程」としての競争は、前記の狭義の価格メカニズムが機能する個別的市場の枠を超える可能性を示すものであるが、それでも、具体的に個別の商品・サービスを念頭に行われる競争、あるいは過程の結果として特定の商品・サービスの供給として実現することを念頭において行われるものである。

これらの個別的市場が、それぞれ孤立して機能するのではなく、1つの国民経済における全国的規模の市場経済体制として成立するためには、経済外的な条件、すなわち国家と制度的な枠組みが必須である。

これを西洋諸国について簡単にみてみれば、中世半ばには遠隔地取引・局地的取引が徐々に発生したが、それらは特定の都市の内部に特殊に分離された限定的な性格のものであった。15世紀頃から生じた領土国家は、重商主義政策の推進により、次第に古い都市の特権を打ち破り、各都市・地方の区別、都市と農村の区別を無視する全国市場への道を開いた。さらに18世紀後半には、この重商主義による統制に抗して、すべての財、中でも特に労働・土地・貨幣までもが「商品」として市場で取引されるようになる。そのためには、社会が経済的領域と政治的領域に分離され、前者（経済）が後者（具体的には古い政治的特権と干渉）の軛から解放されて、自由な取引が可能にならなければならない。さらに、決済等のために通貨・信用のシステムが完備される必要があるし、取引における紛争を裁定する司法制度、裁定の結果を私人に強制する仕組み等も必要である。これらの複雑な諸条件が次第に整って、各国民経済に

---

69) 以上については、金井貴嗣 [1990] 117頁以下、舟田 [2009c] 92頁以下、およびそこに所掲の諸文献を参照。平井宜雄 [1995] は、完全競争は「およそ法的なるもの」と接点をもたないとして、ハイエクの競争概念に基づく、取引・交渉という社会的関係に着目する。

において、諸々の商品に係る個別市場相互の複雑な連鎖関係から成る、1つの自己調整システムすなわち市場経済体制が成立するのである。

ただし、現実には、1つの国民経済において、すべての商品が市場経済の中で生産され取引されるということはありません。国家の枠を超える取引が行われることはいうまでもなく、また、国家や地方政府等が、自ら経済的活動を行い、私人の経済活動を規制することは、次の独占資本主義段階で広範かつ強度に行われるようになるのであるが、この自由資本主義段階でも国家介入が絶無であったわけではない(ドイツの例については後に述べる。唯一の例外は、独立後の新大陸アメリカであろう)。

市場経済と計画経済(または、より広く国家介入に基づく経済的規制システム)との混合を基本とする「混合経済体制」は、第2次世界大戦後に有力な潮流となるのであるが(本節五で述べる)、程度の差こそあれ、いつの時代でも混合経済であったともいえるのである<sup>70)</sup>。

#### (4) 近代以降の「経済」の特異性

ここで再確認しておくべきことは、18世紀末までの重商主義的な統制的市場から自己調整的市場経済体制への移行は、社会構造における根底的な転換を表現するものだった、ということである。

原始的な部族制や封建制の下でも、また重商主義の下においても、社会のなかには独立の経済システムは存在しなかった。人類学等の教えるところによれば、どの社会、どの文明においても、物質的条件に制約された経済秩序が存在し、分業や交易・交換等が行われるものであるが、それらにおける経済は人間の様々な価値観の中に溶け込んでおり、あるいは社会的諸関係の中に沈み込んでいるものである。

近代になって成立した「経済」においては、上記のような他の様々な価値や社会的諸関係から純化され、それ自体が独立した市場経済システムとして機能するようになる。自由資本主義段階の西洋諸国の社会を特徴づけるのは、経済活動が政治社会の諸関係から分離させられ、特殊な(純粋な)経済動機、いわば「裸の」利潤動機によって動かされる、という他に類を見ない新しい発展であった。マルクスが「経済外的強制」と呼んだのは、上記の「市場経済」の側からそれ以外の社会秩序をみるという、近代特有の見方によるものである。

70) 今井賢一ほか [1971] 8頁参照。

自己調整的市場が要求することは、まさに、社会が経済的領域と政治的領域とに制度的に分割されるということにほかならない。すぐ後に述べるように、それはドイツにおける「国家と社会の二元主義」として現れ、米国ではこれとは異なる様相をとり、「政府と社会」として現れたのである。

この点につき後の議論を先取りして述べれば、現代資本主義の段階に至って、上記のような近代以降の「経済」の独立性および「商品」概念の純化とも呼べる構成は、現実に維持できなくなり、「経済の政治化」とでも呼ぶべき状況になる。そこでは、自律的な市場経済システムなどという観念は誰も信じなくなっており、新たな経済の基本秩序を構想すべきことになる。

## 2 ドイツ法実証主義の下における国家と社会

### (1) 「国家と社会の二元主義」

既に本節の最初に述べたように、近代の市民革命は、国家・社会の総体を人間が構成・組織するという課題意識への転換の下に行われ、そこにおける基本秩序は、国家の組織のみならず、国家と社会を包含する総体的構造を定めること、国民の生活秩序、客観的価値秩序の基本を定めることが目指された。そこでの最大の 이슈の1つは、反独占と新しい自由な経済秩序の形成であった。

しかし、ドイツにおいて実際に19世紀中頃から徐々に形成されたのは、「国家と社会の二元主義」であった(国家と社会の分離または区別とも呼ばれる)<sup>71)</sup>。そこでは、ハーバーマスの描いた像と異なり(前述、本節一(2))、「市民社会」は、商品交換経済を基本とする経済と文化の領域として、権力の契機を追放し、自らを自由平等な主体間の関係としていわば純化した(「脱政治化」)。その対極に、「政治的権力の機能する場としての政治的社会」としての国家が析出される。

そこでの国家は、「権力」だけでなく、正統な「権威」とみなされなければならず、そのために、国家は、組織化された権力として、その種々の機能を分担する機関ないし装置を有し、かつ、権力行使の態様および権力行使を受ける者(国民)の行動様式の枠を明示的に規定するルール(法)を設定する。すな

---

71) 栗城壽夫 [1964-1977]、栗城壽夫 [1980a]、栗城壽夫 [1997]、藤田宙靖 [2002]、舟田 [1975-77] (1)556頁以下等を参照。

わち、国家と社会の二元主義の下における国家は、単なる「装置＝機構」でも、また国家「権力」でもなく、それらを実体的要素として内包し、いわば「領域」(Bereiche)として成立する「政治的統一体」である<sup>72)</sup>。

## (2) 「私法社会」

この国家と社会の二元主義の下では、憲法は国家の基本的仕組みを定めるものであって、社会の基本法ではないことは自明のことであり、社会とのかかわりは、国家は形式的法治国家であるべきであり、私人には「国家からの自由」が保障される、という原則に表される。

他方で、脱政治化された社会は、国家の外側に、「国家からの自由」という外延を与えられた私人の関係する場として存在する。前記のように市民革命の中で生まれた市民法は、各国において非政治的な実定法(民法)として成立・機能するようになったのであり、そのようなものとして、国家と社会の二元主義の下での社会を「私法社会」(ドイツ新自由主義の用語)と呼ぶことができる。

このような国家と社会の二元的構造は、事実から遊離した単なる「観念的」な思惟の産物ではなく、当時の政治社会全体を概念的に把握したもの(「理念型」と考えられる。それは、一方で、実体領域としての「国家」の存在、およびその機能的側面としての政治の独占、他方で、古い絶対主義国家に対する論争的概念として生成した近代市民社会が非政治的な「経済社会」に縮小され定在したこと、その属性としての非政治性、という当時のドイツの政治社会全体の実態を反映したものであった<sup>73)</sup>。

以上を一言で言えば、公権力の独占体としての「国家」と私的自治を原理とする「経済社会」が峻別され、「国家の内部領域(その標語は、特別権力関係である)と、社会の内部領域(その標語は、自由と所有権である)では、それぞれが自由である」<sup>74)</sup>。

72) そこでは、社会と国家は「秩序」という形態をとる。両者とも、人々の共同観念(共同幻想)の産物なのであるが、それは同時に現実を象徴する概念として成立している。もっとも、ドイツの伝統的な法実証主義的公法学においては、国家の存在形態それ自体が問題になることはなく、例えば、国家が社会に干渉する場合、国家権力と国民の間の純粋に法的な関係として捉えられ、国家は「一種の帰属点ごときのものであるにすぎない」(G. ルカーチ)。以上については、舟田 [1975-77] (1) 451 頁以下参照。

73) 舟田 [1975-77] (4) 697 頁参照。

74) 舟田 [1975-77] (2) 582 頁。

### (3) 公法と私法の区別

上記の国家と社会の二元主義を支える法秩序は、公法と私法の二元主義であり、両者の接点、すなわち国家が社会に介入する際の法原則が形式的法治国家であった。そこでは、手続として正当に成立した法律であれば、その内容の適正さ等を問わないとされる。さらに、この形式的法治国家の対極に位置する、私法における私的自治の原則の下でも、そこで実現する法律関係の中身は問われないという意味での形式性を原理としていた。

国家と社会の二元主義における、前記のような、「国家=公」と「社会=私」の関係については、「立憲主義思想における基本的区別は、公私の区別であり、そして公的制度の主要な目的な、私的権利（典型的には財産と自由として考えられる）を保護すること」であるとされ、「このように限定された公的領域の外に、広大な私的領域が広がっていた」<sup>75)</sup>。

しかし、このような法的世界における私法の優位とはまさに反対に、現実の国家と社会の関係においては、国家の優位性、指導的立場が顕著であった。ドイツは、つかの間の自由資本主義経済時代のあと、19世紀の中頃には、本格的な産業革命のただ中にあり、1860年代以降、ビスマルクの指導する国家は保護関税体制と大規模工業化を積極的に支援する政策を一貫してとった<sup>76)</sup>。

同時に、当時の国・地方公共団体等は、自らが豊かな国庫を所有・管理・運用し、また、鉄道・ガス等の公企業・営造物形態による経営を急速に展開していた。塩野宏 [1962] が説くように、ドイツ行政法学の代表者たるオットー・マイヤーの学説について、その個別の法体系の中核が、「警察権、財政権等にあるのではなく、公企業及び営造物の法領域にある」とされ<sup>77)</sup>、「形式的法治国と企業国家の重層性」<sup>78)</sup>が特徴とされることの実態上の基礎は、上記のような、当時のドイツの「国家の内部領域」における豊かな（経済的）内実にあった。

ただ、そのような国家による経済政策や国庫活動、公企業及び営造物等の展開は、非合法的な手段によるものであるか、または、私法・公法の区別に従って公法の枠内で整理され得るものであり、事実としては国家による経済社会へ

75) 佐藤幸治 [1983] 289頁。

76) 例えば、福井憲彦 [2005] 26頁以下を参照。

77) 塩野宏 [1962]、塩野宏 [1989] 337頁参照。

78) 塩野宏 [1962]、塩野宏 [1989] 351頁参照。

の干渉・介入が広く行われても、私法における私的自治の原則には触れる性格のものではなく、上記のような国家と社会の二元主義、公法と私法の区別、私法体系の自己完結性を維持することができたのである。

### 3 日本の資本主義経済の発展と経済秩序・法秩序<sup>79)</sup>

(1) 日本の明治維新は、19世紀の70年代から、西洋諸国における市民革命期の段階を一足飛びで通過しようとし、旧来の封建体制を一挙に覆して、西洋の資本主義経済体制を導入しようとした。明治政府は当初、営業の自由を保障する政策基調をとり、1871年、幕藩体制下の身分制の廃止、移転・職業の自由、田畑永代売買の解禁等を実施し、また株仲間の解散を命じた。

しかし、株仲間は各地で同業組合に姿を変えて残存し、明治政府はこれらを容認する政策に転換して、1884年、「同業組合準則」を制定し、これは1900年の「重要産業同業組合法」に引き継がれる。同業組合は、同一地域で事業者強制加入を求めることができる法人組織で、品質・価格規制も行えるものであった。

他方で、鉄道・海運・製鉄や製糸業など新しい産業分野が、国家またはその支援を受けた事業者によって興された。諸種の官業の推進、国有財産・国有企業の払い下げ、「政商」の興隆、またその発展としての「財閥」の形成等々はよく知られているとおりである。

日清・日露両戦争を経て日本の資本主義経済が確立され、この頃を日本の自由資本主義段階と位置づけることができよう。ただし、そこでは、国家の指導・援助の下での大企業の自由放任主義、各種の独占的中间団体の存続などの特徴をもった、後進国特有の経済秩序が形成された。

(2) 日本の近代法の形成にとって重要な出来事は、1980(明治26)年の旧民法・旧商法の公布から始まる「法典論争」と1998、99年の明治民法・商法の施行である<sup>80)</sup>。これらが改正条約実施と時を同じくすることが象徴するように、外形的に近代市民法を整備することは、列強諸国と対等な外交関係を構築するための必要最小限の要請であった。ドイツ法・フランス法を継受する民商

79) 日本の資本主義経済の発展と法の歴史については、利谷信義 [1966]、渡辺洋三 [1975]、利谷信義 [1976]、山中永之佑(編) [2002]、山中永之佑ほか(編) [2010]等を参照した。

80) これにふれた最近のものとして、藤原明久 [2010] 参照。

法が施行されることによって、日本においても、公法と私法の区別が変形されつつ成立したといえよう。

明治維新以来の戦前の日本の政治社会全体をどう捉えるかは、古くから多様な議論があるところであるが、ここでは前述のドイツ型の国家と社会の二元主義が基本的に当てはまる構造であったとしておく。ただし、戦前の日本における国家の権威は、ドイツのように法制度的に明確な形態をとったことではなく、皇室に基づくものであったことが、国家・社会の全体に覆い被さるような影響を与えた<sup>81)</sup>。

#### 4 近代市民法の原則

##### (1) 人格・私的所有権・契約の自由

近代市民法的前提は、広く知られているように、①自由かつ平等で、合理的・自律的な個人(=法主体)による、②それぞれの財に関する所有権の絶対性、③その自由な処分を可能とする契約の自由、の3要素からなる「私的自治」である。

そこでは、まず自然人に対し平等に「法的人格」が付与され、さらに、一定の団体に対しても法的人格が認められた(「法人」の承認)。同時に、所有権の絶対性が、もともとは土地を全面的に支配する権能として主張され、しかし市民法の下では抽象的にすべての財について認められ、また、その処分を含む取引について契約の自由が認められた。所有権を法的に保障し、契約の自由を承認することが、取引の安全性をもたらし、市場における取引を促進することとなった。これに過失責任を加えて、市民法の基本原則は、すべての自然人・法人を法主体として認めるという前提の下で、所有権の絶対性、契約の自由、過失責任の3つであるとされている。

市場経済体制における経済秩序と法秩序との間の関係を、この経済秩序の基礎的關係たる商品交換関係の規範的構成という観点からみれば、①行為主体・権利主体としての人格(自然人および法人)、②私的所有権、③契約の自由、という3つの基本的カテゴリーが、「意思の自由」の展開として関連づけられていることが特徴的である<sup>82)</sup>。

---

81) 樋口陽一 [2011] 27 頁以下参照。



(2) 私的自治と契約的正義

「私的自治」については様々な理解があるが、意思主義に従ってごく大雑把に要点を抜き出せば、それは「個人の意味による法関係の法秩序づけ(Ordnung)」であり、「法によって認められている限り、各自がそれを欲したということ以外の正当化を必要としない」。すなわち、個人の意味に基づくということが、法によって認められる根拠であり、それ以外に、内容的な正当性を考慮する余地はなく、その意味で価値的中立性であるとされる<sup>83)</sup>。したがって、契約法において、「法律にとって重要なことは、合意の内容ではなく、合意のプロセスである」、ということになる<sup>84)</sup>。

近代市民法においては、当事者間の力の格差を考慮に入れずに、すべての者に平等に保障されるものとしての「形式的契約の自由」は、個人の人格としての承認、その意思(の合致)による法律関係の自由な形成という基本的思想に基づくものである。したがって、契約の諸類型のうち、双務の商品交換契約(殊に売買契約)を中心として考えた場合、そこにおける「実質的な契約的正義」(materielle Vertragsgerechtigkeit)は、中世における「公正な価格」(justum pretium)の直接的要請と異なり、暴利行為(BGB138条2項)に当たるような極端な不均衡が認められるケースは別として、原則として、各々の交換的価値に対して価値中立的立場の下で、各自の意思形成を確保することによって実現されるとされたのである<sup>85)</sup>。

近代市民法における上述の「形式的契約の自由」概念においては、個々の契約が双方の意思に基づいて成立することにより、両当事者間の契約的正義と社会のすべての成員の福祉が同時に達成される、と想定されていた。

(3) 近代市民法秩序と経済秩序の関係

(i) 近代市民法は、歴史的には西欧諸国の市民革命における自由・平等、個人主義の理念を実現しようとする動きの中で次第に形成されてきた市民社会の法として成立した。現実の西欧諸国の歴史の中では、フランス民法典制定(1804年)に象徴されるように、資本主義経済体制が実際に成立するよりも早

82) 川島武直 [1949] 23 頁以下, 星野英一 [1966], 星野英一 [1983a], 星野英一 [1983b], 等を参照。

83) 以上は, 星野英一 [1983b] 7 頁以下の意思主義的理解である。

84) 星野英一 [1983b] 23 頁。

85) 舟田 [2009c] 158 頁, およびそこに挙げた諸文献を参照。

く形成されてきたものである<sup>86)</sup>。

しかし、現実の経済秩序は、抽象的な商品交換関係によってのみ成立しているのでは無論ない。すなわち、個々の商品交換の背後には、それを現実に可能とする競争秩序および資本主義経済システムの諸関係がある。しかし、近代市民法の世界では、これらは直接的には明示されず、前記のように、自由かつ平等な法主体の私的所有権と契約の自由だけが法の表面に現れる。

すなわち、競争秩序は、法的には、市場に参与する人格による「契約の自由」の行使の集合として、そして、資本主義的關係は、「所有権がその私的性質を起点として行う運動」としてのみ立ち現れる<sup>87)</sup>。同様に、社会の具体的存在としての法人、企業、労働者、消費者等が、法的には「人格」としてのみ現れる。

このように、近代市民法秩序にとって、競争秩序および資本主義経済システムは、自由で平等な人格の間での商品交換関係として捉えられる限りで法の世界に現われるにとどまり、それ以外の実体的部分は、非法的世界において、経済それ自体の自律的運行によって調整されるとみなされる。近代にはじめて成立した市場経済は、先に「自己調整的システム」と呼んだように、自律的な経済秩序であり、このような関係において、市民法秩序と市場経済体制とが不可分に結び付いていた。

(ii) 近代市民法の性格として重要な点は、それが私的自治を原則としており、それ自体として基本的に自己完結的な性格を有しているということである。

もちろん、どの国においても市民法、その実定法としての民法等を立法するのは国家であり、また、その究極的な実現の段階である訴訟・強制執行については、国家の司法制度・行政上の諸制度に依存せざると得ない<sup>88)</sup>。

しかし、大陸法系においては、法は権利の規範であって、権利の保護・調整を内容とする。ここでは、私法体系は自己完結性を有しており、これに対する

---

86) この点を強調するものとして、正田彬 [1990] 13頁以下、正田彬 [1999] 11頁以下参照。

87) 川島武宜 [1949] 323頁以下参照。

88) 国家ないし公法（ことに憲法）が民法と密接にかかわっているという点は、近年様々な角度から議論されている。例えば、ドイツの基本権保護義務論に関連し、小山剛 [1998]、小山剛 [2004]、山本敬三 [2000]、その他多くの議論がある。フランスについて、モルフェシス [2011] を参照。

公法体系は、私法体系からみれば、①「社会」と区別される独自の法領域としての「国家」の秩序づけを担うものであり、かつ、②私法体系を保障する機能を有するものとして構成されている<sup>89)</sup>。

英米においては、法は「政治権力の強制というサンクションを伴う規範を意味している」。ただし、これら法の2つの意味（権利の保護・調整を内容とする規範と、サンクションを伴う規範）は、「しばしば実質的に重なりあう…権利義務の規範が、政治権力によってサンクションされる」<sup>90)</sup>。

これと異なり、大陸法系における私法は、上記のように、権利に関する「規範内容の平面における法の概念」<sup>91)</sup>を中心としているため、「政治権力の強制」という契機は背後に退いている。ここから逆に、「私法の権力的契機が見落とされてはならない」、という指摘がなされることになる<sup>92)</sup>。

#### (4) 法人・株式会社の成立と発展

上記のような、市民法秩序と市場経済体制の結びつきの性格から、西洋諸国が市民革命の後、資本主義経済の段階に入っても、それ以前に原型が既に成立していた近代市民法には基本的な変化はなく、経済実態上の変化をもっとも受けて変容したのは、商法、特に会社法であった<sup>93)</sup>。

欧米諸国において、19世紀以降、法人とは何かといういわゆる法人理論について、法人擬制説・法人否認説・法人実在説などが議論された。その背景に、市民革命時の、国家と個人の間介在する「中間団体」を排除すべきだという傾向から、法人を積極的に承認しようとする傾向（実在説）への変化をみるととることができる<sup>94)</sup>。

また、法人を認めたとしても、その能力を制限されたものとみる考え方（英米における能力外の法理（ultra vires））は、今日でも残っており（日本の民法34

89) 加古祐二郎 [1964] 216 頁以下、江口公典 [1978] 138 頁以下参照。

90) 川島武宜 [1959] 39 頁以下。

91) 川島武宜 [1959] 39 頁。

92) この点については例えば、戒能通孝 [1958]、江口公典 [1978] 134 頁以下等を参照。

93) 「民法と商法の差異は、本質的には、商品の法と資本の法との差異であり、商法が資本の法としての固有の意味を本格的に発揮するのは、やはり独占段階においてである」(渡辺洋三 [1965] 82 頁)。商法が経済発展の段階にどう対応したかについての最近の研究として、松井秀征 [2010] がある。

94) 法人理論については、例えば、加藤雅信 [2002] 159 頁以下参照。米国については、ホーウィッツ [1996] 80 頁以下を参照。

条)、株式会社を含むすべての法人について、権利能力の定款所定の目的による制限がある<sup>95)</sup>。

法人の中でも、株式会社については、広範な投資家から多額の資金を集結する機能を有することから、古くは英国の泡沫会社法 (Bubble Act. 1720年) に象徴されるような不健全な、あるいは詐欺的な経営の会社への警戒は、今日に至るまでどの国でも広く根強く存在する。実際に、現在でも米国におけるエンロン社事件 (2002年)、日本ではオリンパス社事件 (2011年) など不正経理・不正取引などによる粉飾決算事件などが続いている。

これらの議論はありながら、19世紀中頃には資金集結機構としての株式会社を広く認める制度 (準則主義) が、各国において急速に整備される。これは経済の実態が新しい制度を要求したということであるが、法制度としては、前記のような反社会的な会社経営をどのように規制していくかという問題と別に、出資者たる株主と会社の関係をどう整理するか、という問題が現れる。

企業規模が次第に大きくなり、以前の例えば partnership における関係が変化し、出資主体と事業主体が分離するなかで、「総会における民主的原理を通じて作用する権力均衡があれば、たとえ国家の監督を欠くことになっても…内部から…株式会社の自立性を保障してくれるであろう」と説かれ<sup>96)</sup>、あるいは米国では、株主と会社の間に、「所有と契約を基礎とした新しい理論」が形成され、株主の「所有」を基礎とした契約的結合として捉えられた<sup>97)</sup>。

株式会社の公益性 (または反社会的活動の防止) は、準則主義以前の特許主義の下では、特許状とその遵守によって担保されていたが、準則主義の下では、「株式会社の自立性」あるいは株主との契約に期待し信頼されるにとどまり、公益性と直接つながる契機は消滅したということであり、これがまさに経済自由主義の思想ということである。

---

95) 以上については、例えば、江頭憲治郎 [2009] 29頁以下、松井秀征 [2010] 55頁以下、141頁以下等を参照。米国の会社制度の歴史的発展の中で、「19世紀後期において最高裁が能力外法理を厳しく運用したのは、明らかに、会社の合併に対する反感が相当程度あったからである」(ホーウィッツ [1996] 94頁以下、133頁)。

96) 1870年、ドイツ第一次株式法改正についてのB.グロースフェルトのコメント。松井秀征 [2010] 107頁によった。

97) 松井秀征 [2010] 112頁以下参照。富山康吉 [1969] 55頁以下は、会社についてのいわゆる「契約的理論」と密接に関連して生成した「既得権 (vested right) 理論」が消滅し、ニューディール期に「会社全体の利益」、その受託者という構成に変わるまでを跡づけている。

しかし、企業規模がさらに巨大化し、大企業の社会的な重要性が増すとともに、株式会社の活動に対し、外からの公的規制がかかることを別として、会社内部での意思決定がどうあるべきかが問われるのは当然であり、これは20世紀に入る頃から特に米国でまず議論が始まる（次の四1を参照）。

#### 四 独占資本主義段階における経済と法

##### 1 独占化・企業集中と国家介入

(1) 19世紀後半頃から、欧米諸国において景気循環が規則的に繰り返されるという自由資本主義経済の様相に変化がみられるようになり、不況の長期化を1つの契機として、ドイツのコンツェルン、米国のトラスト<sup>98)</sup>、日本の財閥のように、大企業間の企業統合やグループ化が金融資本と関連しつつ進み、独占資本主義への多様な展開が行われた。

当時、鉄道、電信、石油精製、石油化学、鉄鋼などに関する大規模投資が始まり、そのための資金調達が必要から、大資本による企業統合への傾向が強まり（企業集中）、統合化した大規模企業が資本集約産業を支配するようになった。

米国では20世紀に入る前後から既に、「株主から、最初は取締役、さらに専門的管理者へ権限が移行する傾向」がみられ、「今日の株主は主として投資家であって、所有者ではない」と説かれるようになる<sup>99)</sup>。いわゆる「所有と経営の分離」であり、「経営者支配」への警鐘がなされるようになる<sup>100)</sup>。経営者の強大な支配力が大企業の違法なまたは反社会的な経営ないし企業行動を生む原因の1つとされ、経営監督の問題として議論される。これが今日の企業統治（corporate governance）論の淵源でもあることはいうまでもない。1929年、米

98) 企業統合のためにトラストという形態がとられたのは、当時、会社が別の会社の株式を保有することが禁じられていたからであるが、1889年以降、各州の会社法はこの規制を撤廃するようになり、それ以降は持株会社が主たる形態となる。例えば、ホーウィッツ [1996] 80頁以下、松井秀征 [2010] 138頁以下等を参照。

99) ホーウィッツ [1996] 91頁、116頁。

100) バリー＝ミーンズ [1932] 参照。これに関しては多くの研究があるが、財産権理論との関連では、ホーウィッツ [1996] 212頁以下参照。日本企業の「経営者支配」については、富山康吉 [1969] 90頁以下、西山忠範 [1975]、西山忠範 [1980]、西山忠範 [1983]、西山忠範 [1992]、および、株式の相互持合を重視し、経営者の「相互信認」システムに基づく「法人資本主義」を批判的に説く奥村宏 [1975]、奥村宏 [1991]。最近の状況については、江頭憲治郎 [2009] 46頁等を参照。

国で始まった大恐慌の後、上記の問題に対し、投資家保護のため、1933年の証券法、1934年の証券取引所法など、各種の法制度的な対応が講じられる。

企業規模が巨大化し、かつ、企業統合やグループ化によって企業間の支配関係が複雑に組み立てられるという状況の下では、「所有と経営の分離」現象は、特に支配株主以外の株主について、「出資者が絶対的な所有の機能を行使できない、つまり所有の絶対性を貫徹できない」という側面と、少量しか出資をしない者が会社ないし企業グループを支配するという側面を同時に生むことになる<sup>101)</sup>。「資本集中法としての会社法が、支配関係形成法としての機能を果たした」と説かれる所以である<sup>102)</sup>。

これは、(極めてラフな問題設定であるが)、巨大化した会社は誰が支配しているか、支配に対する会社内または外からのチェック機能は必要か、またどうあるべきかという問題だといえよう<sup>103)</sup>。これについては、これも大雑把なまとめ方であるが、以下の3つの方向をみることができると思われる。

第一は、伝統的な株主と会社との契約という契機を維持・回復すべきだという方向であり、株主総会機能の復活を図る「会社民主主義論」である。

第二は、経営者の支配権を所与として承認し、多元的な社会理解に基づき、それらの社会的な権力に対し、会社を公益に合致した形で経営すべきことを求める方向であり、「企業の社会的責任論」もその延長上に位置づけられるであろう。

さらに、第三と呼んでいいかどうかはともかく、1960年代以降の合併・企業買収の隆盛の中で、「会社支配権市場」論ないし効率的資本市場仮説が現れる。会社経営の効率性と株価の間に、正の連関があるということを前提に、会社支配権市場を通じて経営者を規律する方向である。企業は、あくまでも個別生産要素の間における契約の束にすぎないとされ、株式市場において評価され、会社支配権それ自体が取引の対象となるのであるから、特別の法規制は不要とする議論である。市場経済のシステムが、個々の商品や役務等ではなく、会社それ自体あるいは会社支配権についても機能する(「資本市場」という考え方であるが、これに対しては多様な批判がなされている。

---

101) 多くの指摘があるが、差し当たり松井秀征 [2010] 171頁等を参照。

102) 正田彬 [1999] 13頁。

103) 岩井克人 [2005] の表題、『会社はだれのものか』はよく発せられる問いである。

以上は、米国で見られた現象と議論を中心としたスケッチであるが、各国でそれぞれ特有の状況と制度的対応がみられる。例えばドイツでは、戦間期の「経済民主主義」(労働者の企業内意思決定への参加)を引き継ぐ流れの中で、戦後には監査役会における共同決定制度が強化され、内部的多元性という考え方が主流となる。しかし、近年は欧州各国においても、米国の法制度からの影響を受けた制度改正が進んでいるともいわれる。

(2) 日本に目を戻すと、日露戦争後、重化学工業を中心に発展した日本経済においても、会社の合併・買収が相次ぎ、それを容易にするような会社法改正も行われる。もともと日本の大企業グループについては、欧米におけるような特許主義による公益性のしほりという経験を持たず、国との関係では、いわゆる「政商」として国からの土地や工場等の払い下げ、特権的な事業運営によって成長し、その出自において前近代的な商業資本が家族的所有を色濃く残したまま会社制度を利用し、独特の財閥を形成したという特色がある。そこでは、前記の経営監督の問題、あるいは株主によるチェック機能等の問題は全く議論にならなかった。

(3) これらの企業集中の波にやや遅れて、第1次大戦頃から、国家が社会・経済に強くかつ広範に介入するようになる<sup>104)</sup>。

これは産業側から、景気回復や国際競争力の強化、あるいは、特定の産業の保護助長等が要求されたという面があり、他方で、国家の方では、経済的諸力や国民の支持を得る必要があり、殊に欧州諸国ではロシア革命後勢いを増した社会主義勢力に対抗し、その存在理由を示すということから国家介入が広範に行われるようになる。

1930年代の世界恐慌当時、先進諸国は協調行動をとらずに、「近隣窮乏化政策」と呼ばれる為替切り下げ競争や、植民地の拡大、輸出増大と資源確保に走った。地域ブロック化で世界経済の分断と縮小が進む中、経済的危機や大量失業等の経済的諸問題の解決を軍備と植民地の拡張に求めたファシズムが台頭

104) ただし、当時のドイツや日本の経済政策を遂行した者たちが、どのような経済思想、経済政策についての考えに基づいていたのかは別問題である。第1次大戦後のドイツの政権を握った社会民主党の経済政策の基調は、自由放任、金本位制の固執、社会政策の重視であったから、資本家達は安心して彼らに政権を委ねることができた。また例えばポランニーは、当時のドイツを「保守の20年代」と呼び、戦間期の諸国が一致して前世紀への復帰に努力し、「経済的自由主義の威光の極致を見た」と述べている。舟田 [1975-77] (5) 707 頁以下。

し、第2次世界大戦を引き起こすことになる。

国家介入の増大・深化は、独占資本主義への傾向に拍車をかけ、1930年代には経済学者によって「不完全競争」あるいは「独占的競争」と呼ばれるような現象が顕著にみられるようになる。ドイツや日本では、国家が独占化を容認して、保護された大企業による海外進出、植民地経営を後押しし、貿易におけるダンピング輸出、国内産業における巨大コンツェルンの形成、広範な産業分野でカルテル化が進んだことは周知のとおりである。

日本においても、独占資本主義段階への移行は、西洋とはほぼ同じ時期に行われ、独占形成・関与を中心とする統制経済体制がいち早く整備される。特に、重化学工業に対する保護助成立法として、染料医薬品製造奨励法（1915年）、製鉄業奨励法（1917年）、軍用自動車補助法・軍需工業動員法（1918年）などの産業立法が相次いで制定された。

## 2 経済統制法

(1) 日本経済は、第1次大戦中の好景気が終わると、震災恐慌、金融恐慌、昭和恐慌と一連の恐慌にみまわれ、国家は当面の救済立法などの対応だけにとどまらず、次第に経済に積極的・全面的に介入することになった。このような状況における「経済法」とは、自由競争や経済的自由の実現のためではなく、市場機能を抑制ないし無力化することによって、国の経済政策を遂行するための法的基礎を与え、公共的目的（例えば、産業振興、独占の助長・促進、軍需産業振興等）の実現のための法律がほとんどであった<sup>105)</sup>。

独占促進立法としては、輸出促進のために制定された輸出組合法（1925年）、重要輸出品工業組合法（1925年）などがあるが、そこには既にカルテルへの保護策、アウトサイダー規制が規定された。また、銀行法（1927年）は、中小銀行を整理して大銀行に統合することを目的としており、金融独占資本の形成を強力に推進しようとするものであった。個別産業分野ごとの事業法も、石油業法（1934年）、自動車製造事業法（1936年）、製鉄事業法（1937年）、工作機械事業法（1938年）等が次々と制定された。

---

105) 当時の日本の経済統制法については、金澤良雄 [1967] 46頁以下、金澤良雄 [1985]、加藤俊彦 [1968] 173頁以下、丹宗昭信 [1969]、丹宗昭信 [1977a]、本間重紀 [1972]、本間重紀 [1974]、最近のものとして、高倉史人 [2002] 277頁以下、高倉史人 [2010] 216頁以下、伊藤孝夫 [2010] 226頁以下等を参照。



(2) 世界恐慌後、1931年の満州事変を契機に、日本は金本位制を停止し管理通貨制度の時代に入った。同年に制定された重要産業統制法は、カルテルの届出・その内容の変更命令、アウトサイダーの強制加入など、国家による統制を強制カルテル、統制団体によって強力に実施しようとするものであった。同法に続いて、ドイツ、イタリアなども、同様の経済統制を実施する法制度を形成した。

これら以外に、独占・カルテルにかかわる法律として、ドイツにおける「経済力濫用防止令」(1923年。「カルテル令」と呼ばれる)が著名である。このカルテル令は、カルテルを禁止するものではなく、その弊害を除去しようとするものであるが、カルテルに参加しないアウトサイダーへの強制手段(ボイコット等)を許可制にしており、むしろカルテルの形成・強化を促進するものであった<sup>106)</sup>。

日本の経済統制法体制の特徴は、特別の法律に基づく営団・金庫等や各種の特殊会社の叢生である。これは、国家から特定の公共的目的を与えられ、そのための事業を遂行するために、全額または半額等を国家が出資し、各種の特権と恩恵を与えられ、事業活動についても国家の包括的規制を受けるものであり、戦後の公社・公団・事業団等の特殊法人に引き継がれたものも少なくない<sup>107)</sup>。

日本の経済統制法体制は、1938年の国家総動員法をもって頂点に達する。同法は、包括的な授權法であり、これによって国家が議会の承認なしに経済と国民生活の全般にわたって直接的・権力的に統制する権限を持つことになった<sup>108)</sup>。

(3) ここで指摘すべきこととして、第一に、この経済統制の実際の運営および実効性は、おそらく制度の公式の目的ないし建前とは相当の開きがあった。当時の中央諸官庁が、各所管の産業分野で活動する企業に対し直接的に具体的

106) このカルテル令については、丹宗昭信 [1959]、近藤充代 [1988]、伊藤孝夫 [2009]、原島重義 [2011b] 193頁等を参照。

107) 当時の営団等については、多くの法律家が研究の対象としている、例えば、川島武宜 [1941] を参照。本稿では、戦後の特殊法人等の特殊事業形態についてはふれることができない。これらについては、金澤良雄 [1985] 特に257頁以下、舟田 [1995] 201頁以下等を参照。

108) 野口悠紀雄 [2010] は、国家総動員法によって形成された国家と経済の体制を「1940年体制」と呼び、それがそれ以前のものとは全く異なるシステムであり、かつ、それが戦後も長く続いたことを説く。

な統制を行うことは、情報と能力の点から無理があり、各産業分野ごとの事業者団体を通さざるを得なかった。このような間接的統制方式は重要産業統制法の頃から既に実態上行われていたものであって、国家総動員法の下では、政府と産業界との調整の末、1941年の重要産業団体令に基づき、業界ごとの「統制会」が作られ、これは各企業からの出向者から構成された。具体的な統制は、この統制会と所管官庁の間のやりとりの中で遂行され、そこでは両者間の対立と妥協、あるいは各統制会内部の各企業の利害対立、さらには官庁間の縄張り争いなどが水面下で行われ、国家による「強力な指導者原理」の実現などという建前とは全く異なる実態であったと推測される<sup>109)</sup>。

第二に、経済統制法の下で、権力的に統制するといっても、経済活動の性質上、物資統制にしる物価統制にしる不可能なことを命令するわけにはいかない。例えば、ある物資の増産という目的のためには、原材料を調達させ新規の設備投資をさせ稼働させる必要があるが、そのためには結局、各種の助成措置が必要である。そこで、税制上の優遇措置、補助金等が必須になり、これら助成を受ける企業と統制官庁のいわば持ちつ持たれつ<sup>109)</sup>の関係が必然的に生じる。

第三に、上の例では、原材料の調達を進めるために、統制は川上産業に及ぶ必要があり、この種の統制対象の拡張が続くことになる。しかし、産業間の調整を当該官庁がすべて行うことは極めて難しく、産業間・企業間の摩擦が常時発生し、当初の統制目的の達成は困難にならざるを得ない。経済統制の波及性と、その実現のさらなる困難性がみられるのである。

## 五 現代資本主義段階における経済と法

### 1 戦後の自由競争経済体制

第2次大戦後の欧州諸国や日本など先進諸国は、戦前の反省を踏まえ、米国に倣って自由競争経済体制を基本とする経済秩序への転換を図った。

国際経済の基本的仕組みについては、1944年のブレトン・ウッズ会議において、戦後の国際通貨制度の枠組みを創出する国際通貨基金（IMF）協定等が合意され、また、そこで提出された国際貿易機構（ITO）の構想は、1947年の

---

109) 前掲の諸文献を参照。なお、戦後の経済諸官庁による経済的規制についても、本文で述べたような意味での官民「協調」路線によるものであって、その効果には消極的評価を下す研究者が多い。

「関税および貿易に関する一般協定」(GATT)に引き継がれ、最恵国待遇、関税引き下げ、数量制限の縮小、通商政策の事前交渉、などが定められた。

日本国内においては、占領軍の下で、「経済民主化」のための三大改革といわれる、財閥解体、農地解放、労働制度改革が実施され、これと並行して、1947年に独占禁止法が制定・施行される<sup>110)</sup>。これらは、社会における各種の特権を否定し、独立した経済主体が自由で公正な競争の中で活動するという理想に基づくものであった。

「経済民主化」や独占禁止法が、社会における各種の特権を否定するものであると述べたのは、戦前の日本において、国家(および地方自治体や特殊法人)との明示的または黙示的なつながりがあることが、経済社会において特権として機能したことを指している。このことは、国家の経済活動にかかわる場合に、明治時代の「政商」が特権的な利益を享受したことに典型的に現れただけでなく、その後の私人間の取引に対する経済統制においても、前述のように各種の統制団体が国家と私人の中間に介在し、それらの統制団体は、当該統制を所管する行政庁または事実上の影響力をもつ政治家と癒着した特定の私人ないし私企業の支配下ないし影響下にあったのである。

独占禁止法が確保しようとする自由競争経済秩序は、このような不透明な政治的・社会的特権を原理的に排除し、市場参加者の間の自由で公正な取引に基づく競争機能によって、最適な資源配分をもたらされることを期待するというシステムである。独占禁止法が、制定当時、政治における民主主義と並んで、経済・社会における「経済民主主義」につながるものと理解され、「経済憲法」と呼ばれたことも故なしとしない<sup>111)</sup>。

## 2 混合経済体制と福祉国家・社会国家・行政国家

### (1) 混合経済体制

上記のように、第2次大戦後、多くの国において自由競争経済体制を基本とすることとされたが、日本のみならず、欧州諸国でも、私企業を中心とした自

110) 独占禁止法成立の事情については、金澤良雄 [1967] 46 頁以下、金子晃 [1974]、来生新 [1996]、公取委事務総局編(上巻) [1997]、根岸哲 [2002]、来生新 [1996]、来生新 [2005]、平林英勝 [2005] 等を参照。

111) 舟田 [2009a] 参照。そこでは、我妻栄 [1948b] が経済民主主義について期待を込めて述べていることを紹介している。

由競争経済秩序が全面的に展開されたわけではない。

むしろ、1950年代から60年代にかけては、欧州を中心に、市場経済と計画経済（または、より広く国家介入に基づく規制システム）との混合を基本とする「混合経済体制」論が主流となった<sup>112)</sup>。同時に、これに親和的な考え方である、英国やスウェーデン等の「福祉国家」論<sup>113)</sup>、(旧)西ドイツの「社会的市場経済」<sup>114)</sup>・「社会国家」論<sup>115)</sup>なども、広く大きな影響力をもっていた。

欧州諸国では、国・地方政府の直営、あるいはその全額または一部出資による公的企業体が数多く存在し、さらに、法的な形態は純粋の私企業であっても、これらの公的法主体が出資し、事実上支配する企業も少なくない<sup>116)</sup>。例えば英国では、戦後の労働党の下で、主要産業が次々と国有化され、これはサッチャー政権が誕生する1970年代まで続く。

米国でも、ニューディール以降、福祉国家的な政策が採用されたことは前記のとおりである(二3参照)。第2次大戦後、米国は1946年の雇用法以降、基軸通貨供給国としての責任を果たすため、輸入を含めた有効需要の水準を一定程度安定的に維持する方向に向かい、1960年代には裁量の財政政策が本格化した。特に、1960年代半ばからの、ジョンソン大統領による「偉大な社会」プログラムとベトナム戦争のために、巨額の財政支出と持続するインフレーションがもたらされた。「偉大な社会」の背景には、米国の公共サービスの劣悪さや、不十分な医療保障等への批判に応え、「貧困との戦争」に向かうべきだとする、米国の経済問題への自覚があった<sup>117)</sup>。

---

112) 混合経済 (mixed economy) 論については、例えば、フリードマン、W. [1977]、丹宗昭信 [1977b]、舟田 [1975-77] (2) 462頁を参照。

113) 経済学における福祉国家論について、ミュルダール [1963]、藤田菜々子 [2010] 等を参照。英国の福祉国家論については、例えば大野忠男 [1994] 170頁以下、岡田与好 [1987] 240頁以下、阪野智一 [2002] 等を参照。近年の福祉国家論として、猪木武徳 [2009] 131頁以下、今野健一 [2000]、近藤正基 [2009]、武川正吾 [2012]、大沢真理ほか(編) [2002-2004] の各巻等を参照。

114) 社会的市場経済論は、前述のオルドー自由主義以外にも多くの論者が加わって、より実際的な政策論となっていた。大西健夫(編) [1992]、井上孝 [1981] 30頁以下、金子晃 [1972]、レブケ [1954]、足立正樹 [1978]、松井秀征 [2010] 240頁以下等を参照。その他については、舟田 [1975-77] (7) 593頁以下とそこに所掲の文献を参照。

115) ドイツの「社会国家」についても多数の研究があるが、差し当たり、海老原明夫 [1994] 265頁以下、およびそこに所掲の文献を参照。

116) ドイツについては、舟田 [1995] 244頁以下を参照。

117) 猪木武徳 [2009] 116頁以下参照。

日本においても、国・地方自治体や各種の特殊法人等が枢要な社会的インフラの整備・運営を直接・間接に担い、また私企業に対する公的規制・保護助成政策も広く行われた。財政支出の費目別の構成をみて、軍事費の比率が高い米国を「軍事国家」とし、社会保障費の比率が高い欧州諸国を「福祉国家」とすれば、産業経済費の比率が高い日本は「企業国家」と特徴づけることができる。特に、鉄道・港湾・道路・工業用水路・工場用地等の整備など産業基盤に対し財政資金が投入された。これと並行して、電源開発、造船等に対する長期・低利の資金供給が行われ、その原資の多くは、(旧)日本開発銀行等の政府系金融機関からの融資であった。

## (2) 「行政国家」論

これらの広義における国家介入ないし公的関与は、私人の経済的自由を制限する規制のみならず、補助金や租税の減免などを与える行政、あるいは計画・予測を策定してそこに誘導する、「誘導行政」と呼ばれるようなタイプまで、極めて多様な形態において行われる。戦後のドイツでは、これらの国家による経済への影響措置をすべて「干渉」(または介入)と総称し、「19世紀の自由主義的な経済秩序は、現在までに完全に変化した。我々は、国家的干渉主義の時代に生きているのである」、などという言説が広く行われた<sup>118)</sup>。

そこでは、行政が執行過程のみならず、国家の基本政策の形成決定・個々の政策立案においても、中心的な役割を持つようになるということから、ドイツや日本においては、「行政国家」と性格づける議論が行われた。この行政国家論においては、行政による社会形成という契機が重要であるとされ、その方法として、「計画行政」、「経済計画」が提唱され、実際の行政に一定程度の影響を与えた<sup>119)</sup>。

上記のような「行政国家」という性格づけは、ドイツや日本を対象にした議論であり、これと対照的に、米国は「司法国家」として特徴づけられることもある。しかし、現実には逆に、米国における「“司法国家”の“行政国家”化」、西ドイツにおける「“行政国家”の“司法国家”化」と論じられる現象も

118) 舟田 [1975-77] (1)437頁。

119) 「行政国家」については、手島孝 [1969]、手島孝 [1976]、野尻武敏 [1997]、遠藤博也 [2011] 等を参照。日本では、50年代中頃から「総合計画」の構想が政府内で検討され、正式には1962年から数次にわたって行われた全国総合開発計画が中心的役割を果たした。今の時点から見た経済計画について、田代洋一ほか(編) [2011] 60頁以下参照。

あったのであり、戦後の先進諸国に共通して、行政による社会・経済への干渉・介入が増大してきたといえよう。

### (3) 国家介入1——マクロ経済政策的介入

現代資本主義段階における経済に対する国家介入（＝公的干渉）は、大きく次の3種類、すなわちマクロ経済政策的介入、給付行政（公的サービス等の提供）、公的規制に分けることができる。なお、介入する主体は、国家だけではなく地方自治体も含まれるから、本来は公的介入（または干渉）とでも称すべきであるが、慣用にしがたって「国家介入」と呼ぶ<sup>120)</sup>。

第一は、国（および日本銀行）によるマクロ経済政策に基づく為替・金融政策上の介入である。ただし、国による銀行・証券会社等に対する干渉には、マクロ経済政策に基づくだけでなく、個別の事業ごとの規制法としての特徴をもつという側面があり（例・銀行法や金融商品取引法などに基づく銀行・証券会社等に対する規制）、その場合は、後出の公的規制のカテゴリーに含めるべきであろう。

経済政策をどのように分類・整理するかについては諸説があるが、経済政策の主要な柱として、次の2つに分けるのが一般のようである<sup>121)</sup>。

- ① 経済成長・安定、景気循環のコントロールなど、国の経済全体にかかわるマクロの経済政策
- ② 特定の産業や貿易の振興など、個別具体的な産業分野ないし対象にかかわるミクロの産業政策

さらに、これら①と②の両者にまたがる政策、あるいは、この分類では整理しきれない政策として、国際経済政策、技術・立地・環境・資源などの経済基盤に向けられた政策などがある。

①のマクロの経済政策は、為替・金融政策上の介入として行われる限りで、

---

120) この3分類は、国家の公的行為の目的と機能（手法）による区別である。給付行政と公的規制の区別については、今村成和 [2012] 50 頁以下、小早川光郎 [1999] 185 頁以下を参考にしたが、これらにおいては、国家の行政作用（行政活動）一般についての分類をしたものであって、厳密には本稿における経済介入の分類とは異なる面もある。また、今村成和 [2012] は、これら2つに加えて、「調達行政」というカテゴリーを挙げる。これは、上記の行政活動を達成するための活動（人材・財力の調達、土地・建物等の調達など）であり、ここでは独立のカテゴリーとしては採用しないこととする。

121) 正村公宏＝山田節夫 [2004]、山口三十四ほか（編）[2006]、田代洋一ほか（編）[2011] 等を参照。

個別の産業分野または私人の個別的な権利ないし利益に直接かかわらないので<sup>122)</sup>、次に挙げる第二の給付行政、第三の公的規制とは異なる性格を有する。②のミクロの産業政策等は、給付行政・公的規制とかかわることが多く、これらについては、次の(4)、(5)で取り上げる。

マクロの経済政策には、貨幣政策・金融政策のほか、租税政策・財政政策も含まれるが、これらは、例えば、租税政策として、特定の産業に対し税の減免を行うなど、また、財政政策として、特定の公共事業に支出することなど、具体的な対象に絞って行われることも多い。この場合は、それらの具体的な対象をどう選定するかなど、実際には、後述の第二、第三の介入と重なることになる。

戦後の世界各国においては、ケインズ経済学あるいは古典派総合経済学の影響下、主要なマクロ経済政策として積極的な財政政策によって景気をコントロールし、経済成長を図ることが行われてきた。他方で、各国の中央銀行が行う金融政策は、信用秩序の維持とマクロ経済の安定であり、特に物価の安定が重視されてきた。これまでの各国の歴史からも、中央銀行には政府から緩和的な金融政策運営を求める圧力がかかりやすいことから、政府からの独立性が制度化され、日本の場合では、日本銀行法3条1項、5条2項に日本銀行の「自主性」が明記されている。

しかし同時に、中央銀行の金融政策が政府の経済政策と調整を要することも明らかであり、日本銀行についても、その通貨・金融の調整が「政府の経済政策の基本方針と整合的なものとなるよう、常に政府と連絡を密にし、十分な意思疎通を図らなければならない」(日本銀行法4条)と定められている。

行政組織法上の組織形態として「認可法人」と分類されている日本銀行が<sup>123)</sup>、作用法上また現実の運用上、政府とどのような関係にあるべきかは、他の諸国と同様、常に問われる問題であり、2013年黒田東彦総裁就任の際に

122) ただし、この点について争われた事例として、著名な郵便貯金日減り訴訟=最判昭和57・7・15判時1053号93頁がある。異常な物価高騰のため郵便貯金の日減りしたのは政府の経済政策の無策のためであるとして、国家賠償請求訴訟が提起されたが、金融政策等は事の性質上政府の裁量的な政策判断に委ねられており、「法律上の争訟」に該当しないから、仮に政府の判断が誤っても、国賠法上損害賠償責任を生じない、とされた。本件については、藤原淳一郎 [1982]、清野幾久子 [1995] 等を参照。

123) 舟田 [1995] 216頁以下を参照。日本銀行の業務・組織に関する公法的研究として、塩野宏(監修) [2001] がある。

もこの問題が生じたことは記憶に新しい。

#### (4) 国家介入2——給付行政

経済に対する国家介入ないし公的関与の第二は、私人に対する役務(=公的サービス)・財貨・便益の提供にかかる行政活動であり、これをここでは「給付行政」と呼んでおく。国・地方自治体は、自らまたは特殊法人等を通じて、各種の行政サービスとして公役務行政を行い、または、経済的活動としての性格をもちながら同時に行政上の目的を達成しようとする。これらについては、従来の行政法学では、「公物・営造物」、あるいは「公企業」などとして、または、広く「非権力的行政」、「給付行政」などと捉えられてきた。

これらは、広い意味で公的サービスを提供するものであり、その意味で、ここでは「給付行政」と総称することにする。給付行政には、極めて多様な行政作用が含まれるが、それが何らかの意味で経済的な目的または効果を持つ場合を、「(経済的)給付行政法」と呼んでおこう。

この給付行政は、経済法的関心から、次の2類型に分けることができる<sup>124)</sup>。

##### ① 「行政的公役務」

例えば、社会福祉・社会保障・医療サービス、教育・文化事業、公営住宅建設・運営事業、公共施設行政など。これらの場合、公民館や市営プールなどのように、ときに手数料や対価を徴取することもあり、無料の場合もあるが、次の②の場合のような、制度的に独立採算制ないし収支相償の要請がなく、当該サービスの遂行それ自体が目的である。

また、財貨の提供サービスとして、いわゆる補助金行政があり、産業保護・助成政策の一環として行われ、多様なスキームがある。融資・出資という手段をとるものとして、政府系金融機関から長期・低利の資金供給が行われているし、近年は官民ファンド等と呼ばれる出資による企業支援が多用されている。さらに、研究開発について、官民共同研究開発など多様な手法で、役務・財貨・便益が多様に提供されている。

地方自治体の行う給付行政としては、いわゆる地場産業の保護・助成政策として多様な行政手法が用いられ、これとは別に、企業誘致のための工場用地の

---

124) 以上については、後に詳しく検討するが、本文で①に挙げた福祉・医療サービス等には、対価を徴取する場合もあり、これは独占禁止法上、国・自治体が「事業者」(同法2条2項)に当たると解釈論として現れる。この点については、舟田 [2004] を参照。



造成、各種の助成措置等が行われる<sup>125)</sup>。

② 「経済的公役務」

郵便事業など、独立した法人によって遂行されるケースを典型として、独立採算制の仕組みの下で<sup>126)</sup>、あるいは、個別のサービスにつき対価を徴収しつつ、公的サービスを提供する場合。

これら兩者のうち、前者①は、制度上、独立採算制ないし対価性がない場合が多いが、事実上、独立採算制ないし対価性が要請されることもあり、後者②との境界線上にあるサービスも少なくない。

以下では、上記の①の事業を「行政的公役務」、②の事業を「経済的公役務」と呼ぶことにしよう。すなわち、兩者とも行政による公的サービス等の提供(=公役務)であるが、後者では経済的事業として遂行されることが制度的に明確になっている。

これらの事業者の主体については、①では原則として国・地方自治体、②では国・地方自治体またはいわゆる「公企業」が担うが、その全部または一部が多様な形態で民間事業者に委ねられることもある。

前記②の「経済的公役務」の事業主体としては、次の4種類がある。

- (a) 国・地方自治体の直営によるもの
- (b) 国・地方自治体が設立し、所有・運営する各種事業体
- (c) 国・地方自治体と私企業の共同出資による事業体
- (d) 純粹の私企業(かつての行政法上の概念である「特許企業」や、近年の民間委託など)。

このうち、(b)、(c)、(d)の事業体を「公企業」と呼んでおこう。経済的事業として遂行されることが制度的に明確であるから、まさに「企業」と呼ぶにふさわしいからである。

公企業の法的組織形態としては、国に関しては、特殊法人(特殊会社を含む)、独立行政法人、認可法人、また地方自治体に関しては、地方公営企業、いわゆる地方三公社(地方住宅供給公社、地方道路公社、土地開発公社)などの組織形態が採られている。しかし、公役務の実質的内容と法的組織形態の関連

125) 企業誘致に関する法律問題について、舟田 [1990b] 参照。

126) 後者②は、山田幸男 [1957] の提示した公企業概念に当たる。この点については、磯部力 [1982]、磯部力 [1983]、根岸哲 [1986] 245 頁以下、舟田 [1981]、舟田 [1988] 等を参照。

は、その時々事情から採用されており、体系的ないし論理的に整理できない場合が多い。

これら①の行政的公役務と②の経済的公役務のうち、特に後者は市場経済の中で行われ、それに影響を与えることを目的とするものであって、民間事業者と競争することが多く、経済法にとって重要な領域であるといえる。

なお、これら両者とは別に、国・地方自治体等が経済的活動を行う場合であって、純粋に経済的（収益）目的のために行うこともある。例えば、公有地の売却等の国有財産の管理、あるいは、公行政のために必要な物資やサービスの調達（公共工事や市庁舎等の建設）である。これらは、直接に公行政のための活動ではないから、上記の「行政的公役務」・「経済的公役務」とは異なるカテゴリとしておくべきであろう（前注117を参照）。ただし、例えば上記の調達行政であっても、景気回復のために、公共工事の予算を増やす、施工時期を前倒しする、など経済政策的な観点から行われることもある。

#### (5) 国家介入3——公的規制

第三は、公的規制、すなわち、私企業ないし私人の活動に対し規制を行うことである。そのほとんどは、行政によって担われるから「規制行政」とも呼ばれるが、法律によって規制されることが前提であり、また、いわゆる民事特別法のように、行政庁の行為を介することなく、直接法律によって規制される場合もあるから、広く「公的規制」と呼んでおく。

公的規制は、狭義には国民の権利・自由を制限するものであるから、上の第二の給付行政と明確に異なる。ただし、給付行政のうちの産業・企業に対する各種の保護・助成措置や、個別の租税政策（特に、税の減免等）などの利益を与える公的活動も、例えば補助金を交付する際に条件を付ける等の手段によって、特定の経済活動を促進するようにする等の誘導を行い、第二の公的規制と同様の効果をもたらす場合もある。そこで、これらのうち、事実上、私人の経済活動に特定の影響を与える目的・効果をもつものも、公的規制の性格をもつことに留意すべきである。

以下、次項(3)では給付行政を、またその次の項(4)で公的規制を取り扱う。

### 3 国・地方自治体等による経済的活動

(1) 前記のように、戦後の自由競争経済体制の下でも、日本や欧州諸国で

は、戦前と同様に、国・地方自治体や各種の特殊法人等による各種の給付行政、その中でも殊に「経済的公役務」に当たる経済的活動が広く行われた。もちろん、これらの場合、国等は何らかの公共的な目的のために活動するのであるが、手段として多くの場合、当該事業に関し独立採算制の仕組みをとり、また個別のサービスにつき対価を徴収するなど経済的取引の形態をとる点で、典型的な行政としての「権力行政」ないし（国民の権利ないし自由を制限する）「侵害行政」とは異なる<sup>127)</sup>。

具体的には、日本では、戦後長く「三公社五現業」と呼ばれた事業形態が採られ、国の全額出資による特殊法人の一形態である「公社」による、郵便・国有鉄道・電信電話の3事業、および、国が直接的に事業を行う5現業があった。これら「三公社」については労働法上も、これらに従事する者は公務員に準じる地位に置かれ、労働基本権を制限されていた（旧公共企業体労働関係法、個別の設置根拠法等に基づく）。このほか、事業団等の特殊法人その他の法形態による法人によって、例えば（旧）日本道路公団による高速道路事業など、多様な経済的活動が行われてきた。

これらの事業の多くは、1980年代の中頃からの「民営化」への政策推進によって、「特殊会社」や「独立行政法人」等に移管または形態変更されているが<sup>128)</sup>、依然として、国等の出資を受ける独立行政法人等の形態によって、石油開発、原子力開発など産業の先導的役割を担う事業等が行われている。

(2) 国と並んで、地方自治体も広範な経済的活動を行っている。水道・下水道事業は主として地方自治体によって担われているし（参照、水道法8条6号、下水道法3条等）、その他、地方自治体は、直営または地方公社等の形態によって、都市ガス供給事業、運輸事業、道路（有料道路）事業、医療事業（病院等）、教育事業（公立学校）、住宅事業（公営住宅）、土地開発・観光等の事業を営んでいる。

これらについては、社会的基盤施設（インフラ）を整備・運営するものが多

127) 磯部力 [1982]、磯部力 [1983]、藤原淳一郎 [1990] 等を参照。国・地方自治体以外の特殊法人によるこの種の事業に関し、舟田 [1995] 225頁では、以下のように述べた。「今日の公共的任務のうちのある種のもの、国家の直接行政による行政的任務でもなく、また、私人による純粋に経済的な事業としてでもなく、多くの場合、経済的事业であると同時に公共的任務の遂行でもあるような活動形態として行われることが予定される」。

128) 舟田 [1986]、舟田 [1988] 等を参照。

いが、必ずしもインフラ事業に限られているわけではなく、また、運輸・教育・医療・住宅など私企業と競争的に行われている場合も多い。これらの場合でも、収益それ自体が目的ではなく、公共目的の住民サービスや地域振興行政の一環として位置づけられてきた。

(3) 国・地方自治体・特殊法人等によるこれらの経済的活動を、市場経済体制の中でどのように位置づけ、法的に整理し、その法的意味ないし法的原理をどのように理解・構成するかは、極めて難しい問題である。政策論として、一部の規制緩和・民営化論は、「民間でできることは、できるだけ民間に委ねる」というスローガンを掲げるが<sup>129)</sup>、これで済む問題ではない（この点は後に検討する）。

#### 4 経済的規制・経済政策

##### (1) 経済的規制に関する法（経済的規制法）

(i) 上記のように、国・地方自治体等は、自ら経済的活動を行い、公的サービスを提供するとともに、私企業の経済活動に対する各種の制限、助成、誘導等の干渉・関与を広範に行っている。本稿では、後者のうち、国民の自由・権利を制限する活動を広く「公的規制」と捉え、そのうち、経済政策に基づくものを「経済的規制」と、また、それに係る法を「経済的規制法」と呼んでいる。

「経済的規制」(economic regulation)と「社会的規制」(social regulation)という区別は、米国において提唱されたものであるが、日本でも1980年代以降よく用いられている<sup>130)</sup>。一般に、前者は、その時々を経済政策的観点から、一定の経済的目的のために、特定の対象・領域や特定の状況（例えば不況）等に限って行われる規制を指し、後者は、公害・環境問題への対応とか青少年保護、一般的に言えば、社会の安全・秩序維持などの社会的目的による規制を指

---

129) 総合規制改革会議「規制改革の推進に関する第1次答申」(平成13年=2001年) <http://www.kantei.go.jp/jp/kakugikettei/2001/kisei/1211kisei.html>

130) 経済的規制と社会的規制については、多くの議論があるが差し当たり、以下を参照。植草益 [1991] 21頁以下、植草益(編) [1997]、古城誠 [1995]、古城誠 [1997] 103頁以下、古城誠 [1998] 109頁以下、平松毅 [1995]、藤井俊夫 [1996] 197頁以下、333頁以下、社会的規制研究会(編) [1996]、角瀬保雄(編) [1998]、八代尚宏(編) [2000]、棟居快行 [2001] 337頁以下、土田和博 [2002] 16頁以下、首藤重幸 [2004] 244頁、舟田 [1995] 2頁以下参照。

す。

例えば、公的資料として最も早い時期に公表されたものの1つとして、臨時行政改革推進審議会の「公的規制の在り方に関する小委員会」報告（「公的規制の緩和等に関する報告」1988年）は、以下のように述べている<sup>131)</sup>。

「経済的規制は、市場の自由な働きにゆだねておいたのでは、財・サービスの適切な供給や望ましい価格水準が確保されないおそれがある場合に、政府が、個々の産業への参入者の資格や数、設備投資の種類や数、生産数量や価格等を直接規制することによって、産業の健全な発展と消費者の利益を図ろうとするものである。自然独占の傾向を持つ公益事業等で、参入を制限して独占を認める代わりに供給義務を課したり料金を規制したりするのは、その典型例である。

これに対し、社会的規制は、例えば、消費者や労働者の安全・健康の確保、環境の保全、災害の防止等を目的として、商品・サービスの質やその提供に伴う各種の活動に一定の基準を設定したり、制限を加えたりする場合はこれに当たるのであって、経済的、社会的活動に伴って発生するおそれのあるマイナスの社会的副作用を最小限にとどめるとともに、国民の生命や財産を守り、公共の福祉に寄与しようとするものである。」

この区別が、特に多くの議論を呼んだのは、経済改革研究会（通称、「平岩研究会」）「規制緩和について（中間報告）」（1993年）が、「経済的規制については、『原則自由・例外規制』を基本とする」、また、消費者保護、安全・環境保全のための社会的規制についても「必要最小限」の範囲、内容にとどめる、と打ち出したときであった<sup>132)</sup>。

(ii) この経済的規制と社会的規制という区別は、主として経済学からの規制

131) 同報告は、同審議会答申「公的規制の緩和等に関する答申」に収録された。臨時行政改革推進審議会事務局監修『行革審・全仕事』（ぎょうせい、1990年）99頁以下参照。また、本文で挙げた1993年の平岩研究会の後も、経済的規制と社会的規制の区別とそれらの規制緩和について、94年の閣議決定「今後の規制緩和の推進等について」総務庁編『規制緩和促進の現状』7頁以下（1995年）、総務省編『規制緩和と白書1998年版』210頁以下、などに記載されている。これらの推移については、久保田正志〔2009〕を参照。

[http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou\\_chousa/backnumber/2009pdf/20091201003.pdf](http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou_chousa/backnumber/2009pdf/20091201003.pdf) 舟田〔1990a〕537頁以下参照。

132) 多くの議論がなされたが、差し当たり、ジュリスト1044号（特集「規制緩和の課題と論点」）所収の座談会、諸論文を参照。規制緩和の後の推移については、ジュリスト1082号（特集「規制緩和と推進と法」）、ジュリスト1250号（特集「規制改革の行方」）を参照。

緩和の主張と結びついて、規制緩和に向けた政策論として提唱されたものであり、大雑把に規制目的で分けたものとされている。

しかし、経済的目的と社会的目的の区別は、法制度的にみれば厳密なものではない。例えば、不当な契約条項によって被害を受けた消費者の利益は、経済的利益を侵害されたという意味を持つとともに、消費者の生命・健康・生活を自らの選択・判断によって維持しようという「消費者の権利」の侵害という意味も持つ。消費者の権利は、個人の尊重、あるいは「生活の自由」（食品などの場合は、健康・生命・安全）という価値ないし理念と結びついており、経済的利益を超える法的評価を受けるべき性格のものである。

この消費者の例が示しているように、経済的利益か社会的利益かという区別はよく考えてみると疑わしいと考えられるのであり、これはそもそも「経済」と「社会」を区別することが困難であることに拠っていると考えられる（この点については後に本章第4節で再論する）。

また、経済的規制と社会的規制の両者が、1つの規制の中に混在していることもある。例えば、農業や漁業等に対する規制の多くは、経済的規制として機能するが、同時に、自然保護、地域振興等の目的・性格も持っている。また、薬事法による薬局の距離制限は、生命・健康に対する危険の防止という消極的、警察目的を持ち、薬局の経営の保護などの経済政策的目的ではない、という最高裁の判決をめぐる議論がある（後述、第3節三）。運輸関係の諸事業法は、旅客の安全という社会的規制と輸取引の適正さの確保等の経済的規制の両方が含まれている等々、同様の例は枚挙のいとまがないほどである。

この点からも、ここで用いる経済規制法という概念は一応のものであって、社会的規制についても、その経済的側面ないし市場経済にかかわる限りで、経済法の範囲に含めて考える必要があることになる<sup>133)</sup>。

(iii) 上記のような問題を踏まえた上で、叙述の便宜上、一般に説かれている経済的規制と社会的規制という区別を前提に、これら両者を含む「公的規制」のすべてについて、ただし経済的規制を中心として述べることにする。

以下では、公的規制の歴史的展開をみる際に必要な概念の整理をしておく。

第一に、経済的規制は、参入規制や料金規制など、私人の自由を法的に制限する形態に限られるとすべきではない。例えば、税の減免を行う際に、または

---

133) この点を強調する議論として、古城 [1995] を参照。

私人に給付行政として補助金等を与える際に、条件を付したり、税の減免や補助金等を与える対象を限定することによって、規制と類似の効果をもたらすことが可能である。あるいは、経済計画・行政計画を立て、私人に対しそれに沿った行政指導を行うなどの「計画行政」ないし「誘導行政」や、国や地方自治体が直接または間接的に経済活動を行うことによって、規制と類似の効果をもたらすことができる。

実際に、国等がある経済的目的のために用いる手段は、経済的規制だけでなく、税の減免や補助金等による給付行政、あるいは公的経済活動など様々であり、国民の権利・自由には直接かかわる規制だけをみるだけでは不十分であり、「市場経済」への規制という観点から、これらも含めて考える必要がある。

第二に、規制の主体としては、行政庁の活動を通じた規制と、私人による規制、すなわち私人が裁判所に訴えることによる規制（例えば、利息制限法、不正競争防止法、消費者契約法）とがある。後者は、特定商取引法などにおいて、「民事ルール」と呼ばれるが、これも経済的規制法であることに変わりはない。

経済的規制というと、多くの場合、行政的な規制を指すことが多く、それは日本の規制法の実態に見合っているのであるが、法律によって直接規制され、裁判によって実現されるというタイプの規制がもっと活用されるべきであり、そのための法整備その他の環境整備が必要であると思われる。もっとも、日本の裁判所は、私人が原告である場合、事実上極めて重い立証責任を課す傾向がある等々の問題もあり、事柄はそう簡単ではない。

第三に、上の定義による経済的規制は、個別の取引行為や競争行為、企業結合等を規制して、直接的に一定の経済政策的目的を実現しようとするものであって、「直接規制」と呼ばれることもある。例えば、価格の上限規制は、ある価格以上の取引を禁止することによって、価格を直接的に抑えようとするものである。

これに対し、独占禁止法などの競争法は、市場における取引と競争を公正かつ自由なものにするための規制を行う。これは、市場の取引・競争環境を整備することを通じて、適正な価格等を実現しようとするにとどまるので、しばしば「間接（的）規制」と呼ばれる<sup>134)</sup>。この意味では、民商法などの私法も、原則的に間接規制の性格を有しているといえよう。すなわち、独占禁止法や民商法などの私法は、市場経済の基盤を作るにとどまるものであって、これに対

し、経済的規制は市場経済に委ねるのが不適當であるとして、当該事業を行う者の制限（参入制限）、投資・設備・価格・数量を直接的に制御することを通じて、市場経済とは異なる経済成果（market performance）を達成するために行われるものである<sup>135)</sup>。

なお、上の直接規制・間接規制という用語における「規制」は、国家が私人の自由や権利を制限するという法的な意味ではなく、市場経済における一定の行動、または市場成果をコントロールするという意味で用いられていることに留意すべきである。

また、民商法等による一般的規制と異なり、いわゆる民事特別法（次項5を参照）には特定の対象に限る場合も多く、また、利息制限法のように特定の利率以下にすべきことを規定している場合なども、経済的規制の実質をもつとみるべきことになる。

(iv) 規制緩和の議論の一環として、しばしば「事前規制から事後規制へ」というスローガンが出された。事前規制は、事業者の自由を過度に制約するので、何らかの弊害が起きてから対処すればよい、という意味での事後規制への転換が主張された。これは諸外国でも同様であり、事前規制 = *ex ante regulation*、事後規制 = *ex post regulation* という用語がよく用いられる。

しかし、事前規制と事後規制を法的に概念化した議論はほとんどなく、ごく概括的に、事前規制は参入規制や料金・サービス規制など、規制行政庁による一般的な許認可による規制を指し、事後規制はある具体的な行為が行われた後に、当該行為を禁止または制限し、あるいは私法上無効とするなどによって規制することを指すようである。

「事前規制から事後規制へ」という議論は、事前規制の弊害、すなわち、規制行政庁と被規制者との間の「官民癒着」、官の優位性への批判、規制行政庁の裁量行政の恣意性、それとの関連で裁判におけるレビュー（司法審査）が不可能に近いとの批判、などを強調するものである。そこには、事前規制には過

---

134) この意味での直接規制・間接規制については、差し当たり、実方謙二 [1995]、首藤重幸 [2004]、川濱昇 [2008] 276頁、井上典之 [2011] を参照。

F. ベームは、「支配から自由な社会秩序」の下では、社会における諸力は、自由な業績競争（*Leistungswettbewerb*）の手に任せられることになり、国家と法は間接的な方法によって規制するにとどまる、と述べていた（後述、第4節参照）。

135) 舟田（発言）[1994] 参照。



剩規制, すなわち自由な事業展開を不当に阻害するおそれがあるという一般論と, 具体的な事前規制の弊害が過剰接待や贈収賄などの事件として現れたという具体論があったのであり, そこには一面の真理があることは否定できない。

しかし他方で, それらの議論には, 推奨される事後規制について, 個別の規制法における業務改善命令などの行政的規制手段が実際にどう運用されるべきか, 事後規制によって具体的に法目的が実現されるのか等の具体的な議論は少ない。さらに, 事後規制は, 民法・刑法または独占禁止法などの一般法も含めて論じられることもあるが, 実際に裁判で解決されることを想定した議論かどうかは疑わしい。事後規制には, いったん行われた行為を否定するのであるから被規制者または利害関係者に甚大な影響を及ぼすものであり, また各種の行政庁による命令や民法・刑法等による司法的制裁に関する各種のデメリットがあるが, これらの比較考量など, より立ち入った検討はほとんど行われていない。

「事前規制から事後規制へ」という主張には, 上記の事前規制の弊害についての正当な指摘がありながら, 事後規制による法目的の確保の実効性とコストという視点が欠けていた, あるいは, 単に事前規制を緩和ないし撤廃するという方向のみがあって, 違法ないし不当な行為をどう規制していくかという関心に欠けていた, と考えられる。問題は, 事前規制・事後規制という規制手法が, 規制目的にとって実際に効果的か否かということであり, 実際に事前規制には前記のような弊害が伴うとすれば, それを最小限に抑えるにはどうすべきか, という視点から, 合理的な, かつ明確なルールに則った規制のあり方を検討することが重要であろう<sup>136)</sup>。

## (2) 規制緩和と規制改革

(i) 戦後の高度成長期が終わるのは, 1973年の石油危機の後, 翌74年に日本経済が戦後初めてのマイナス成長を経験したときとされている。その後, 世界各国は, 既に進行していたインフレが加速し, しかも, 失業率が急激かつ大幅に上昇するという, いわゆるスタグフレーションに悩まされるが, 日本だけはいち早く石油危機から脱し, 80年代の「経済大国」への道を突き進むこと

136) 川濱昇 [2008] 271 頁以下を参照。諏訪康雄「事前規制と事後規制の類型化」(平成 14 年内閣府総合規制改革会議資料) <http://www.8.cao.go.jp/kisei/siryu/020723/4-b.pdf> は, ごく簡単な 1 枚紙のメモであるが, メリット・デメリットの比較があり, 興味深い指摘がなされている。

になった。

その過程で、1975年からは国債の大量発行が始まり、赤字国債増発が続き、財政赤字が急速に膨れあがり、いわゆる「行財政改革」の気運が高まった。1981年、「第二次臨時行政調査会」（「第2次臨調」）が設置され、三公社の民営化、その他の規制緩和が少しずつ進行する。

その基礎にあったのは、財政赤字の膨張を何とかして食い止めなければいけないという認識の広まり、肥大化した官僚組織への批判、そして、それらのもととなった政・官・産の「アイアン・トライアングル」（鉄の三角形）への厳しい世論であった。高度成長期に確立したこの「アイアン・トライアングル」とは、長期政権を担った自民党における業界ごとの「族議員」、所管する業界と密接な関係を作り上げた各事業官庁、そして、それらに服しながら自らの利益を拡大した産業界の3者の間の、不透明な癒着と批判されたような密接な関係を指している。

この政・官・産のトライアングルは、自民党長期政権の下でのバラマキ予算（総花予算）などと揶揄されたような、膨大な財政支出をもたらし、それによる財政赤字からの脱出、より広く行財政改革が喫緊の課題とされた。しかし、80年代、米国の「双子の赤字」（財政赤字と貿易赤字）という状況に対し、日本は毎年膨大な貿易黒字をあげ、対外債権が急増し、米国の批判もあって、政府は、内需拡大、産業構造の転換を打ち出し、今日の莫大な財政赤字の累積に至っていることは周知のとおりである。

(ii) 80年代頃から、新自由主義（ここでは、いわゆるシカゴ学派の中でもマネタリズム、サプライサイド・エコノミクス等の新しい経済学の潮流を指す）に基づく経済政策論が経済学の主流となり、欧米の政治の流れも新保守主義と呼ばれる傾向が支配的となる。英国のサッチャー首相、米国のレーガン大統領、日本の中曽根康弘首相らは、そろって「小さな政府」を唱え、規制緩和、公企業の民営化を推進した。

米国の反トラスト法の状況とは逆に、日本では、静岡建設業協会入札談合事件、米軍横須賀基地工事入札談合事件、さらに埼玉土曜会事件等のゼネコン汚職事件など建設・土木工事に関する談合事件が大きな社会問題となったこともあり、競争政策・競争法のより実効的な執行力ないしその強化改正が課題とされるようになる。同時に、各種の産業政策においても、例えば電気通信産業や運輸産業などの諸分野において、競争政策を踏まえた政策がとられるようにな

る。その背景には、上記の談合事件の背後にあった発注者と受注者の癒着や政治家への贈賄などの不祥事を契機とした、アイアン・トライアングルに対する社会的非難への対応ということ以外に、米国からのいわゆる「外圧」が大きく作用した。

1979年、OECD(経済協力開発機構)は、日本政府に対し規制緩和の推進を勧告し、その後、米国からの市場開放要求の圧力が強まった。1986年から「日米建設協議」が開始され、その後の「日米経済構造協議」(1989年から1990年)において、米国は、日本経済の閉鎖性と排他性を問題とし、規制緩和と独占禁止法の執行力強化を要請した。これを受け、独占禁止法に関し、課徴金算定率の引き上げ(独占禁止法平成3年改正)、独占禁止法違反の罪に対する罰金額の引き上げ、また、独占禁止法の適用除外を定める各種の法律・規定の廃止などが行われた。

規制緩和の動きについては、前記の1993年経済改革研究会(平岩研究会)報告の後、次の村山内閣では、住宅・土地、情報・通信、輸入促進・流通、金融・証券保険が「重点4分野」とされ、それ以降、行政改革委員会(1994年)、行政改革会議(1996年)、行政改革推進本部の下に設置された規制緩和委員会(1998年)と続く。これら金融や情報通信等の個別分野についても、米国から上記と同様の意見・要求が行われた。

規制緩和の仕上げは、小泉内閣(2001年から2006年)における金融改革、郵政民営化、道路公団民営化であり、各種の経済的規制や社会的規制(例えば労働者派遣法)についての規制緩和も行われた。

(iii) 80年代が終わる頃から、リクルート事件(1988年)、東京佐川急便事件(1991年)、大蔵省接待汚職事件(1998年)などの不祥事、大型汚職事件が相次いだ<sup>137)</sup>。これらによって政治家・高級官僚・大企業幹部等との間の不当な癒着関係が明るみに出て、厳しい世論による批判を呼び、大蔵省解体、中央省庁再編(2001年)などの行政改革に至る。これ以外にも銀行・証券会社を舞台にした金融不祥事が多く明るみに出て、規制は被規制企業と所管行政庁・政治家との癒着をもたらし危険性が高いことが示されたといえよう。

規制緩和の動きは、規制を所管する各官庁によってではなく、むしろそれらとの対立関係の中で、1981年設置の第2次臨調を初めとして、その後続く

137) これらの事件については、例えば、有森隆 [2003] を参照。

臨時行政改革推進審議会（第1次から第3次まで）、行政改革委員会、規制緩和委員会、総合規制改革会議、規制改革・民間開放推進会議、規制改革会議と続く内閣直属の組織において検討された。それらの提言を採用し、実現（立法化等）を行うのは、依然として各所管行政庁であったこと、また規制の中には合理的な理由があるものもあること等の事情から、規制緩和は一部を除いて遅々として進まないというのが実態であった。

(iv) 行政改革推進本部・規制緩和委員会は、1999年、規制改革委員会に名称変更し、その後2007年に始まる規制改革会議は、いずれも規制緩和ではなく「規制改革」という名称を意図的に採用した。その背景には、行き過ぎた経済合理主義的改革に批判が高まり、見直し論が起こったことへの対応という事情があった。

1990年頃から、「平成不況」の下でのリストラ（解雇）の増大、労働環境の悪化（長時間労働、「過労死」問題）などが顕著になり、「ワーキング・プア」という新語が世界的に使われるようになり、「格差社会」、「市場原理主義」への批判も強まった。

労働問題・環境問題とともに、より強い規制が要請されると主張されたのが、消費者問題である。平成不況が深刻化する中で、製品事故、証券取引被害、変額保険被害など多くの消費者被害やトラブルが起き、また、悪徳商法とも呼ばれる、和牛商法、霊視・靈感商法、モニター商法などが、全国的に多くの被害を引き起こした。

強い世論を背景に、2000年、消費者契約法がようやく制定され、また、訪問販売法が改正されて特定商取引法となり、その後も数次の規制強化が図られてきている。もっとも、特定商取引法の改正は、毎回最低限の規制強化にとどまっており、これでは、「被害の後追い規制だ」と批判された。

2004年には、消費者保護基本法に代わって消費者基本法が制定された。当初は消費者の権利の具体化が目指されたのであるが、できあがった本法の規定では、「保護」が削られただけで、政策の基本的な方向を示す宣言としての意味しか持っていない、産業界の抵抗に配慮した法律であって、不十分な内容だ等々という批判もなされた（個別の経済的規制については、第3章で扱う）。

このような「規制改革」は、以前の規制が再現されたという意味で再規制化（reregulation）に過ぎないという議論と、古い規制を廃止し、新しいルールを創出するという積極的な意味での再規制であるという議論が入り交じってい

る<sup>138)</sup>。

### (3) 経済政策・社会政策

最後に、経済的規制を生み出す経済政策についても簡単にみておこう。

経済政策をどのように分類・整理するかについては諸説があるが、経済政策の主要な柱として、次の2つに分けるのが一般のようである<sup>139)</sup>。

- ① 経済成長・安定、景気循環のコントロールなど、国の経済全体にかかわるマクロの経済政策
- ② 特定の産業や貿易の振興など、個別具体的な産業分野ないし対象にかかわるミクロの産業政策

これら①と②の両者にまたがる政策、あるいは、この分類では整理しきれない政策として、国際経済政策、技術・立地・環境・資源などの経済基盤に向けられた政策などがある。

経済政策と伝統的に区別されてきた社会政策は、戦前からの労働政策のほか、今日では社会保障政策、社会保険政策等を含むとされている。しかしさらに、社会政策と重なる用語として、分配政策(=所得再分配政策)も広く用いられている。分配政策は、社会保障制度・社会保険制度だけではなく、例えば、農作物価格維持政策、関税政策、租税政策(累進課税・相続税制度等)など広範囲に及ぶ。このほか、国土政策、地域政策なども、各国でとられており、これらも経済政策と社会政策の両方にまたがる政策をもっているといえよう。

これら広義の社会政策は、例えば労働政策が労働者の権利・利益の確保のためではなく、企業の雇用形態の多様化という観点、すなわち経済目的で立案・実施されるという性格をもつこともあるなど、社会政策と経済政策を具体的に峻別することはできない。

138) 例えば、土田和博 [2001] 30 頁を参照。なお、以前の規制が再現されたという意味での「再規制化」の典型例として、タクシー台数・料金に関する規制を挙げることができる。2000 年(平成 12 年)、小泉政権下での規制緩和政策の一環として、道路運送法改正によって、台数に関する需給調整規制が廃止され、タクシーの運賃認可の基準が上限価格だけの基準に変更された。しかし、2009 年、「特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法」(平成 21 年法律 64 号。以下、「タクシー特別措置法」と略記)によって、台数を抑える仕組み、および以前と同様の下限規制が導入された。詳細については、舟田 [2013] 参照。

139) 正村公宏 = 山田節夫 [2004]、山口三十四ほか(編) [2006]、田代洋一ほか(編) [2011] 等を参照。

このほか、経済政策には、自由競争経済体制を支え推進するための、競争政策（＝独占禁止政策）があることはいうまでもない。競争政策の中心は、独占禁止法に関する立法政策・運用に係る政策であるが、その他、独占禁止法の適用除外を定める規定に関する政策、あるいは、個別の経済的規制や社会的規制に関して、競争原理（＝市場原理）を働かせようとする仕組みに関する政策も行われている。

本稿では、上記のような経済政策・社会政策に関する議論とは別に、「経済秩序」とその中で進行する「経済過程」を区別するという見方を基礎としている（本節一を参照）。この立場によれば、経済の基本秩序として市場経済体制（＝自由競争経済体制）ないし競争秩序が設定されていると捉え、それにかかわる政策を、「秩序政策」と呼し、個々の経済過程にかかわる個別具体的な経済政策とは区別して扱うべきである、ということになる。

## 5 私的自治の修正・見直し

### (1) 市場原理からみた私的自治の実質的根拠

近代市民法の原則の特色として、私的自治と契約的正義が「私法社会」において実現される、という意味での自己完結性が挙げられる。しかし、実際に、市民法の実定法化としての民法を立法し、かつ裁判等の形態で執行・実現するのは国家であり、また、市民法のいわば裏側の社会的実態として、競争秩序および資本制的生産関係がある（以上については、本節三4参照）。

ここでは特に、市民法が、私的自治を原理としたことの経済実態面の背景として、私的自治は自由で平等な法的主体による商品交換関係を原型とする市場原理と調和するとされ、また、それが契約的正義への確信と結びついていることを指摘しておこう。

このことを市場原理の側からみてみると、私的自治の実質的根拠は、以下のように①～③として整理することができる。

- ① 自由で平等な私人が私的利益を自由に追求する過程で、創意工夫を發揮し、商品を市場に提示する。
- ② 市場における取引において、取引の相手方の自由な選択にさらされる（「市場のテスト」）。
- ③ 市場での評価において、私人の努力が報われ、同時に経済社会全体の利益も増大する。

このように、個々の経済主体の利己心に基づく自由な利益の追求が、市場における自由競争の中で評価されることを通じて、おのずから社会全体の調和ないし社会全体の利益の最大化が成立する、という予定調和観が妥当すると考えられたのである。

なお、上記の①～③は、売買を典型例として想定し、売手側の視点からみた整理であるが、逆に、取引の相手方(買手側)からみても、同様の連関があるはずである。ただし、いわば終局的な買手である消費者の場合も、事業者間取引と同様に考えてよいかは、1つの問題であり、消費者の特性を踏まえ後に改めて考えることとしよう。

上記の①から③からも明らかなように、私的自治の原則が、社会全体の利益に結びつくという理屈が妥当性を主張できるのは、自由な競争が実際に機能している市場において、自由で平等な取引当事者間において公正な取引が実現されたときだけである。

ところが、独占資本主義段階の経済においては、「古典理論がその構想の中心において予想しなかった経済的力(資本)という法主体の出現と発展」が顕著にみられるようになり、民法学においては、「独占的企業や組織は、原則として経済的リスクを取引相手に転嫁する」ことが問題とされるようになる<sup>140)</sup>。「古典的民法理論にとって法的主体とは、自由な人格、すなわち自然人であって、今日みられるような、法的に組織された力の複合(rechtlich organisierte Machtkomplex)、すなわち現代企業を予想しなかった。まして、企業がカルテルを通じ経済的・社会的に強大な力をもつことなど予見できるはずもなかった」<sup>141)</sup>。

ここにおいて、自由で平等な取引当事者間における公正な取引という、私的自治の前提は実態において大きく変化する。例えば、ある企業がある商品を独占的に販売している場合、あるいは、取引当事者間で取引力の格差が顕著にある場合には、取引の相手方は一方的に決められた取引条件を受け入れざるを得ないのであって、上記の①と②の前提が欠けており、自由な取引ないし競争は行われていない。また、不当表示などの「不公正な」取引がなされている場合

140) 原島重義 [2011b] 51頁, 33頁。リスクの転嫁は、文字通りの狭い意味ではなく、取引の相手方がリスクに対処する機会を失わせるような行為、または、あらかじめ計算・予測できない不利益を課すことを広く指すとすべきである。川濱昇 [2010] 289頁参照。

141) 原島重義 [2011b] 16頁。

なども、上記の①から③の関連は失われ、私的自治、契約の自由だからとして、それを放置することは社会的な正当性を主張できないことになる（「自由な競争」、「不公正な取引方法」などの意味については、独占禁止法の各関連事項において後述する）。

このように、私的自治を、法的主体の意思や自由などの抽象的観念ではなく、その実質的根拠としての、自由な競争と公正な取引という実態にかかるものと捉えるとき、現代資本主義経済の下においては、それは既に近代市民法における私的自治とは全く乖離し、単なる言説に過ぎないものになっているといえよう。

これに対し、原島重義 [2011b] は、「最近の法の発展における『契約自由の制限』にもかかわらず、私的自治の『危機』なるものは、当たっていない」とする。そこでは、フルーメ、ライザーらのドイツ民法学説が引かれ、私的自治危機論は、「私的自治の誤解、つまり、私的自治を、社会的正義の原理による制約に服す必要のない個人の優越した自主性の承認、と解することに由来する」、と説かれる。原島重義は、19世紀初めの「心理」化された「意思」に立つ「意思主義」を批判し、「契約を成立根拠からではなく機能的にとらえて」、「みずから作った人間相互間の秩序づけ」を重視するとすれば、行為者の意思とは無関係な配分的正義に基づいて、「法律上の規制」が機能するのであって、そこでは、「契約秩序の全体法秩序（Gesamtrechtsordnung）に対する関係」が問題になるとする。

この観点から、「力に対する個人保護の体系」の必要性が認識されるし、あるいは、「経済体制法（Wirtschaftsverfassung）<sup>142)</sup>」の中における契約法の位置づけ、という構想がでてくる。もはら、古典理論がよって立つところの、契約正義に対する中立性（Wertfreiheit）という立場で終始することはできなくなっているようにみえる」、とも説かれている。

## (2) 民事救済の場面における私的自治の修正

民法の枠内においても、上記①②の、取引の相手方の自由な選択という前提条件が欠けている場合、例えば、取引の対象となる商品について情報が不足し

---

142) ここで、「経済体制法」とは、舟田 [1975-77] のテーマである経済の基本的秩序という広い意味であろう。新自由主義の論者、特に F. ベームは、競争経済を「経済制度」（Wirtschaftsverfassung）として設定し、そこから法秩序を形成したと説いていることは前述のとおりである（第1節三1参照）。



ていた場合等について、個別に対応する規定がおかれ(錯誤、詐欺等)、また、経済的困窮から不利と知りつつ取引に応じる場合などにつき、個別の規定についての解釈、あるいは権利の濫用、信義則、公序良俗等の解釈を通じて柔軟な対応(私的自治の修正)がなされるようになっている。

しかし、民法では、原則として個別の紛争当事者間の権利ないし法的利益関係として土俵が設定されており、例えば、独占的企業による不当な取引条件の設定や、取引上の優越的地位の濫用など、経済の構造的な問題から生じる諸問題には十分対応することができない。

また、不当な被害を受けた者は、自ら法的救済を求めなければならないし、幸運にも法的救済を勝ち取ることができた場合でも、これは当該行為者が争ったケースに限るという意味で、法制度としては消極的かつ部分的な対応しか予定されていない。もっとも、権利を主張する者は、自ら法に訴えることによってはじめて正義を実現できる、という点に近代市民法の積極的意義があることはいうまでもない。

### (3) 立法による私的自治の修正

今日では、上記のように私的自治の実質的根拠が失われている場合、さらに私的自治に委ねておくことが社会的に見て妥当な帰結をもたらさない領域や場面も少なくない、ということが広く認められているといえよう。このような場合に、民法の諸規定の解釈・適用によるだけでなく、何らかの立法上の修正が必要と認められることも次第に多くなっている。

近代市民法の歴史の中でも、かなり早い段階から、特定の法律関係や領域において、個別具体的に立法上の修正がなされてきた。例えば、利息制限法の原型は明治10年太政官布告に始まり、その後、立法と司法の双方において何度も、同法の規制強化や民法の解釈による利息制限等が行われてきた。

特に、第1次大戦前後から、借地法・借家法など社会法的な立法がなされてきたことは後述のとおりである(本章第2節を参照)。第2次大戦後は、民事特別法などと呼ばれる各種の特別法が生まれる。例えば、前出の高金利の制限に関しては、利息制限法のほか、「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律」(略称「出資法」)、貸金業法等、また、過失責任の原則を修正・補完する諸法(例:自動車損害賠償保障法、製造物責任法)、不動産に関する諸法(例:建物の区分所有等に関する法律、宅地建物取引業法、住宅の品質確保の促進等に関する法律)、消費者法と総称される諸法、そして競争法(独占禁止法・景表

法・下請法等) などである<sup>143)</sup>。

既に1960年代には、民法学において、「事実の問題としては、契約自由の原則が存在するというよりは、契約においては自由と制限とが錯綜するというのが正しい」とまで表現されるに至っている<sup>144)</sup>。

(4) 70年代以降の「私的自治」の全体的な見直し

1970年代に入る頃から、世界各国の民法学において、「私的自治」、「契約の自由」の全体的な再検討、見直しが進んだ。特に70年代に、欧州諸国で役款規制、消費者保護のための立法が相次いだ。

さらにより広く、生命・健康の確保のための規制、自然・環境保護のための規制などのいわゆる「社会的規制」まで目を広げれば、60年代から欧米諸国で「規制の爆発」、「法律の洪水」などと言われるような法現象が広くみられる。

また、これら立法に先立って、「現代型訴訟」と呼ばれるような、私人の私的利益のためだけの訴訟ではなく、一定の政策を提案し、社会を一定方向に進めるために訴訟を提起するというタイプの訴訟も頻発するようになっていた。その中で、生存権やプライバシー権は50年代から裁判の場で主張された最も古いタイプの権利主張であるが、その後、60年代後半頃から、いわゆる「新しい権利」または「新しい人権」、例えば、消費者の権利、環境権、知る権利、(放送に関する)アクセス権、平和的生存権、情報権などが主張されるようになる<sup>145)</sup>。

これらの問題は、法的には、例えば不法行為に基づく損害賠償請求や差止請求という形で現れ、民法に対し新しい対応を迫るものであった。同時に、このような動きは、憲法や行政法などの公法の領域においても、新たな解釈論、制度論への取り組みを促すことになった。

先に挙げた各種の民事特別法の多くは、経済的弱者や取引力の弱い消費者等

---

143) 民事特別法については、例えば、現代契約法大系 [1983-85] の各巻、潮見佳男 = 森田宏樹 = 山本敬三 (編) [2006] を参照。

144) 星野英一 [1966] 205頁以下、262頁。また、五十嵐清 [1976] 56頁以下、星野英一 [1983a] 3頁以下、24頁以下、大村敦志 [1995] 4頁以下等も参照。

145) 憲法レベルにおける「新しい人権論」については、例えば、戸波江二 [2003] 705頁以下、『講座 人権論の再定位』(法律文化社、2010年)の諸巻、「現代型訴訟」については、服部高宏 [1993] 34頁以下、およびそこに所掲の文献を参照。

を保護するものである。具体的には、もともと需給関係がバランスを失したまま硬直化する傾向がある場合（高利貸し、都市部の土地建物の賃貸借）、消費者にとって日常生活に必需のサービス、または必要度が高い商品・サービスなどについて、消費者が交渉の余地なく、提示された契約条件を受け入れなければならない場合などにおいて、契約における両当事者の社会的経済的平等が破れ、供給者側に一定の経済的権力・私的権力が発生し、力の不均衡が顕著に現れている場合が対象となっている。

私的自治の名の下にこれを放置することは社会的な正義を大きく損なうことから、「私的自治」の枠を超え、あるいは、供給者側の「契約の自由」を制限する判例や立法が相次いだのである。

#### (5) 民法理論の変化

これまで各所で述べてきたように、近代市民法（実態にかかわる）理論的前提は、自由で平等な法主体が合理的に判断し行動すること、実態として平等な取引関係があり、自由競争が十分有効に機能するということであるから、現代経済における現実の取引と競争がこれと大きく乖離してきていることをどう捉えるか、という問題が議論されることになる。例えば、個別の立法や、民法の解釈によって個別に対応することでよいのか、「私的自治」、「契約の自由」などを根本から見直す必要があるのではないかなど々の議論が行われる<sup>146)</sup>。そこには、「契約（的）正義」から説き起こす方向や<sup>147)</sup>、意思主義の復権、契約の自由の実質化、交渉促進規範論等の方向がある<sup>148)</sup>。

経済法の観点からは、以下の2点が重要である。

第一に、古典的民法では個別の取引当事者間をみているが、近年の民法学において個々の取引の背後に市場という広がりがあること、市場の機能には限界

146) 例えば、原島重義 [2011b] 所収の諸論文は、特に契約法において、「私的自治や契約の自由がまったく空疎なものになってしまうような経済的・社会的条件が進行している」ことに対し、立法や司法の対応に基づく、法律による強制によって、私的自治や契約自由を確保することを、「実質的契約自由」の実現として積極的に評価する。山本敬三 [1993] (一) 6頁は、契約責任の拡張現象にみられるように、一般条項や規範的概念を多用し、「目的志向のないし衡平志向的に実質化していく傾向」、いわゆる「法の実質化」が指摘されているとする。

147) 星野英一 [1983b] 30頁以下、大村敦志 [1995] 5頁、370頁、374頁注14等を参照。

148) これまでの注に挙げた文献のほか、原島重義 [1973] 119頁以下、大村須賀男 [1983] などを参照。諸説についての素描として、例えば、大村敦志 [1999]、吉田克己 [1999] 7頁以下、山本顯治 [1993] 48頁以下、山本顯治 [2006]、吉村良一 [2007] がある。

があり、有効に機能しない場合があることに注目する見解が多様に現れつつある<sup>149)</sup>。すなわち、近代市民法では、私人間の取引等に関する民法秩序において背景に隠されていた競争秩序に対し、現代の民法ないし私法において、それをトータルに正面から取り上げる必要があるという認識が広まってきた。当然のことながら、民法学の研究者が独占禁止法を研究対象とすることや、経済法研究者と議論することが広まってきた<sup>150)</sup>。

第二に、上の第一とかなり重なることであるが、消費者法という新しい領域が生まれ、それ特有の法理論が必要だと説く議論が有力になっている。「取引民法」に対する「生活民法」を対置する議論など多様に出ている<sup>151)</sup>。

第三に、憲法(学)と同様に、民法(学)においても、「契約の自由」は伝統的な消極的自由の意味、すなわち「国家からの自由」=「消極的自由」であったが、ここからは、現代における契約の自由の制限の根拠をどのような理論ないし法原理で捉えるかという問題が出てくる。前記のように民法学でもこの点について様々な議論が出ているが、独占禁止法や経済的規制法等を対象とする経済法学においても、従来の「私的自治」、「契約の自由」にとって代わる、あるいはそれらを構成し直した別個の法原理(それは競争秩序と連結するものであろう)を明らかにしなければならないと考えられる。

## 第2節 社会法と経済法

### 一 2つのモメント

(1) 前節で簡単に述べたような、現代経済における市民法原理と実態の間の乖離と、それに対応する制度・理論の展開を踏まえ、現代経済における経済秩序と法秩序を新しく捉え返すことが要請されている。そのような知的営為の過

---

149) 特に消費者向けの約款についての多くの研究は、この点を出発点にしているし、契約一般については、山本敬三の一連の業績、特に山本敬三 [1993] や、山本顯治 [2006] 等を参照。

150) 近年は枚挙にいとまがないほど出ており、例えば、吉田邦彦 [1996]、松本恒雄 [1998]、森田修 [1998]、森田修 [2000]、吉田克己 [1999]、吉田克己 [2005]、曾野裕夫 [2005]、山本顯治 [2006]、加藤雅信 [2006]、吉田克己(編著) [2011]、日本私法学会シンポジウム資料「競争秩序と民法」NBL 863号 39頁以下(2007年)所収の吉田克己、瀬川信久、藤岡康宏、曾野裕夫、池田清治、田村善之の各論文参照。経済法研究者による民法との関係についての研究には、根岸哲 [1994]、森平明彦 [2002] などがある。

151) 差し当たり、大村敦志 [1999] はしがきを参照。

程から、現代に妥当する経済法とその法原理、および、それに基づく経済法の体系を構成することができるのであろう。

まず、前節で述べたことから浮かび上がってきたことは、経済法と呼ばれる諸々の法的現象が生成してきた歴史的・実態的基盤として、次のような2つの契機ないしモメントがあるということである。

その1つは、経済への国家干渉・介入の強化・深化というモメントである。すなわち、現代資本主義に特有の経済的・社会的状況、すなわち経済力の集中、独占化の進行、景気循環の機能不全、激化する国際競争に打ち勝つための自国産業の強化等の強い要請等に対応し、第1次大戦後、現代国家は経済に対して広範に、かつしばしば強く深く介入するようになった。

この国家介入モメントは、具体的には、経済的自由主義時代における国際金本位制と自由貿易を放棄し、景気回復や国際競争力の強化のための金融政策・経済政策を策定・実行し、あるいは、特定の産業を特別に保護助長することなどとして現れる。これはもちろん、産業側が国家に対し要請したという面が強くあるが、それが政治過程を経て、国家（立法・行政）が自ら積極的に受け入れて経済介入するという動きを捉えて、このように表現することができよう。

(2) 他方で、前節(五2)でも簡単にふれた社会国家・福祉国家という理念に基づき、経済的社会的弱者ないし経済的従属者からの政治的または法的主張と運動を国家が受け入れるという、いわば社会法的モメントがある。

この社会法的モメントにおいても、立法や裁判という国家の側での対応があつて、はじめて実現する(=実定法となる)のであるが、社会から生じた新しい権利主張ないし法的価値を認知するようにという働きかけを国家法として受容するという過程に着目して、「社会法的」と特徴づけたものである(「社会法」の意味については、本節三で詳述する)。

(3) 現代資本主義の下で顕在化した、各国民経済における経済力の集中および諸産業における市場集中、独占化や取引力の不均衡などの諸現象は、すべての資本主義国においてある程度共通してみられることである。

しかし、それが国家の対応をどのように引き起こすかについては、上の2つのモメントとして挙げたように、1つには政治的な過程における諸力の衝突と調整のいかんにかかっており、もう1つは、理念として、憲法が保障する基本権(ここでは特に、所有権と経済的自由)や「私的自治」に基づく法秩序がどのように経済社会に対し作用するか、また、近代市民法を修正する社会法的な理

念・価値観や考え方が生まれ、人々の間に浸透し、それを国家の側が立法・行政・司法の各部門においてどのように取り入れるかによって、各国によって、またその時々で多様な様相を呈することになる。

## 二 社会法の生成と理論

### 1 社会政策立法・社会法論

第1次世界大戦後には、独占資本主義経済への変化に国家と法秩序が対応するという国家介入モメントと並んで、近代市民法と異なる法的価値ないし原理に基づく、新しい法的現象（「社会法」）が現れているということに着目する議論も数多く提示された。

社会法の萌芽ないし先駆的な例としては、19世紀初頭以来、イギリスの工場法など欧州各国においてみられるが、特に1848年の社会動乱の後、各国で労働者・労働組合保護立法が進んだ。その後、第1次大戦後のドイツ・フランスにおいて生起し発達した「社会法」は、前述の私的自治を原則とする近代市民法がもたらした経済的不平等などの社会的問題に対応するために制定された諸法律を総称したものとされる<sup>152)</sup>。当時の労働運動の高まり、特に1917年のソ連の誕生などの社会情勢を受けて、特に欧州諸国では、社会主義革命を防止し、かつ、近代市民法ないし資本主義の欠陥を是正し、資本主義の健全な発展を維持するために、各種の社会政策立法が生まれた。

象徴的な例として、ドイツのワイマール憲法（1919年）では、現代的な生存権・労働権などを含む社会権の規定が盛り込まれ、社会保障や「社会化」の諸規定も置かれた。その著名な規定として、「経済生活の秩序は、すべての者に人間たるに値する生活を保障する目的をもつ正義の原則に適合しなければならない。この限界内で、個人の経済的自由は、確保されなければならない」（151条1項）という定めが置かれ、市民法の諸原則については、「経済取引においては、契約の自由は法律の枠内で認められる」（152条1項）、所有権について、「所有権は、義務を伴う」等の制限的な方向が示された（153条）。

当時の日本においても、工場法の施行（1916年）、同法改正（1923年）など

---

152) ツァハー、H. [2005] 各所参照。ここでは、労働法は既に19世紀の半ばから発展を始め、1881年にビスマルクの社会保険立法が行われた等の指摘がある。「社会法」の理論的研究としては、加古祐二郎 [1964] 特に216頁以下、281頁以下、沼田稲次郎 [1950]、沼田稲次郎 [1953]、沼田稲次郎 [1975]、片岡昇 [1965]、菊池勇夫 [1968] 29頁以下等を参照。

各種の労働者保護立法が制定され、いわゆる大正デモクラシーの流れの中で労働運動等に対する宥和政策として、借地借家調停法(1922年)、小作調停法(1924年)、商事調停法・労働争議調停法、自作農創設維持補助規則(1926年)等が制定された。また、前記の「私的自治の修正・見直し」(第1節第45)で挙げた、社会的経済的弱者を保護するための利息制限法の改正(1919年)、借地借家法(1921年)等々の諸立法、小作関係に関する諸立法(実体法上の関係に関する法制度について議論されたが、制度化は実現しなかった)、健康保険法(1922年)、救護法(1929年)などが制定・実現された。中小企業保護のための諸立法としては、産業組合法(1900年)は、制定当初はあまり機能しなかったようであるが、この頃には各産業分野別の組合法が多数現れ、また、鉄道や電力・ガス等の公益事業に関する諸制度も整備される<sup>153)</sup>。

英国と米国においても、上述の大陸系諸国と同様な意味で、社会法の理念が次第に浸透し、実定法としても現れてきた<sup>154)</sup>。米国では、制定法によるほか(これが裁判所の相次ぐ違憲判決という強固な抵抗にあったことは、第1節第23で述べた)、コモン・ローの強固な伝統を判例によって変えていくという独特の作業が必要になり、各種の労働者保護立法が全面的に展開するのは、1930年代のニューディール政策以降にまたねばならなかった<sup>155)</sup>。

以上のような、社会法の理念・主張は、労働者、借地借家人、小作人など経済的弱者からの法的主張であり、単に取引上の立場が不利だから救済して欲しいというというだけでなく、それが正当な法的権利(=「社会権」)だという理屈づくりに基づくものであった。これに対し、各国の立法者も、政治的にこの主張を無視できないというだけでなく、この新しい社会法という筋の通った議論にある程度対応せざるを得ないという側面があった。

## 2 「社会化」と労働者の経営参加

社会法的理念から生まれた、あるいはそれに関連して提起された経済政策・制度として、具体的な制度改革につながる事柄を戦間期のドイツの歴史に沿ってみてみれば、「社会化」(Sozialisierung)と労働者の経営参加という主張にた

153) 以上については、伊藤孝夫 [2010] などの戦後の研究のほか、同時代に著された橋本文雄 [1957] (初出は1934年) が、当時の諸外国の事情についても論じている。

154) 伊藤正己 [1958]、鵜飼信成 [1958] は、米国と英国における社会法の発達を論じている。

155) 片岡昇 [1965] 131頁、木下毅 [1993] 196頁以下等を参照。

どり着く。

社会化は、ドイツ社会民主党 (SPD) が 19 世紀から主張してきたものであり、ある産業における生産手段の所有権を国に移すだけであるなら、それは「国有化」に過ぎず、「社会主義の真の目的を実現するため、即ち生産手段を私人の手から移して社会の処分力に帰すための方策の総体」を意味すると説かれていた<sup>156)</sup>。

ワイマール憲法 156 条に社会化条項が盛り込まれたが、プログラム規定と性格づけられ、また、実定法としては石炭経済およびカリ経済の規制に関する法律が成立したにとどまった。ただし、ドイツでは、他の欧州諸国と同様に、多くの形態の公企業 (国・州等の地方政府所有、公法上の組織としての「営造物」その他) が古くから存在し続けており、第 2 次大戦後の「社会的市場経済」の中でその一部について民間化が行われた。

他方で、労働者の経営参加は、上記の各種公企業に限られず純粋の私企業についても、「経済の組織化」、「組織資本主義」論、「経済民主主義」論と関連して主張され、これもワイマール憲法 165 条で「労働者および被用者は、企業者と共同して、対等に…」と規定されたことが後押しとなって、経営協議会法 (1920 年) 等において部分的に実現する。

これらは、今日の整理でいうと単なる労使協調路線に過ぎないと捉える向きもあるが、少なくともこれらの主張者の主観においては、「経済民主主義」の理念の下で、経済社会の構造を変えようとする経済体制論であることに留意する必要がある。社会化ないし国有化・公企業に関しては、戦後のいわゆる混合経済体制論に連続するものであり、また、労働者の経営参加は、ドイツで伝統的に存在する「経済上の自治行政」とも関連して根強いものがあり、戦後の共同決定法などの動きに連なり、さらに全欧州的な流れとしての「コーポラティズム」の重要な支柱としても位置づけられる<sup>157)</sup>。

第 2 次大戦後の社会民主党 (SPD) は、保守陣営の主流となった新自由主義

---

156) カール・ディールの言葉。参照、舟田 [1975-77] (3) 59 頁。そこに社会化に関する多くの文献を挙げている。例えば、阿部源一 [1971]、小林勝 [2008] 等を参照。

157) 戦間期・第 2 次大戦後のドイツの社会化、「経済民主主義」、経営協議会については、影山日出弥 [1968]、アーベントロート [1971] 95 頁以下、舟田 [1975-77] (4)、松井秀征 [2010] 225 頁以下、およびそれらに所掲の文献を参照。コーポラティズムについては、シュミッター＝レームブルッフ編 [1986] 等を参照。



に対抗して、上記のような混合経済体制・共同決定などを取り入れた経済政策・経済体制論をとり、1960年後半からの政権参加後はこれらを実際に推進し、この流れは「新社会主義」とも呼ばれ、全欧州、さらには日本の社会党右派とそれに近い労働運動などにも広がった。

これに対し日本では、戦前・戦後を通じて、社会法的理念に関連する上記のような社会化や労働者の経営参加が実際に採用されることはなかった。しかし、社会法理念から生まれた政策・法の、いわば本来の領域である労働法と社会保障法については、第1次大戦後若干の制度化が行われ、ようやく第2次大戦後、「労働の民主化」の下で急速に整備された。

### 3 社会法の理論

#### (1) 市民法批判・修正

欧州諸国では、前記のように、1848年の動乱以来、特に19世紀後半から、悲惨な労働者・貧困者の状況、劣悪な生活環境など社会問題への対応を求める主張・運動の広がりを受けて、初期形態としての社会政策立法が現れ、特に第1次大戦後のドイツでは各種の社会政策立法が生成した。

さらに、立法だけではなく、司法すなわち裁判においても、契約の自由を制限する傾向が現れる。著名な例として、戦間期のドイツにおいて、極度のインフレが進行している中で、締結された契約内容をそのまま認めることは、むしろ信義誠実の原則に反するから、事情変更の原則が妥当とする判決が出て、これを支持する民法理論が説かれた。あるいは、鉄道、電気などの供給に関する附合契約、普通契約役款についても、早くから契約の自由を制限すべきであるとされた。また、民法の不法行為法においても、具体的な利益調整、個別的な解決における妥当性の追求、契約法における権利濫用・信義則の活用などによって、社会法論からの批判を受け止めようとした（「私法の社会法化」とも呼ばれる）。今日の民法学においても、これらの契約の自由を制限するための理屈づけについて、前記（第1節55）のように、意思主義、「契約正義」の観念等をめぐって多様な議論があるところである。

これらの社会政策立法や社会法的観点からの市民法の修正を推進する力になったのは、単に労働者や社会的弱者の法的保護を求めただけではなく、先に引用したワイマール憲法151条以下にあるように、経済的弱者の権利を認めることは「社会正義」に適うのであり、正当な権利（＝「社会権」）の主張だという

ものであった。「社会法」論は、これらの法的変化に理論的根拠を与えようとしたものであった。

(2) 法学的世界観から法社会学的な観点へ

社会法概念・意味内容については、論者によって大きく異なっており、ここで詳細には立ち入らないが、それらに共通している観点は、前述のような古典的な市民法体系とその諸原則との差異を強調しているということである。

前記のように、市民法の原則とは、自由かつ平等で、合理的・自律的な個人(=法主体)による「私的自治」である。しかし、多くの論者が説いているように、契約の自由は、例えば労働契約や附合契約などにおいては、実際には取引の一方当事者だけの自由に過ぎず、他方当事者にとっては強制でしかない<sup>158)</sup>。

橋本文雄 [1957] (初出は1934年)によれば、法は、何らかの意味での「正義」への要請に応えるものでなくてはならない。しかも、それは法学的世界観と呼ばれるような、法の世界に閉じた観点からの正義ではなく、現実の社会を見据えた観点からの正義でなければならない。この点で、古典的市民法体系は、形式的には独立した自由かつ平等な個人の意思に立脚した法体系を築いているが、その個人は抽象的な人格に過ぎず、現実の労働者・社会的弱者等の法的地位の現実を無視している<sup>159)</sup>。

自由・平等の理念が、資本主義社会の実際の社会および現実の法関係においては、強制と拘束、貧困等として現れている等々の認識は、既に19世紀には広く存在したが、これを法的な主張ないし理論として提示したのが社会法論である。

ただし、このような市民法と社会的現実のギャップを埋めることを志向することは、従来の概念法学を批判する、自由法学・法社会学等にもみられることであり、社会法論に限ったことではない<sup>160)</sup>。他方で、社会法論の中からは、市民法の虚偽性の指摘にとどまらず、社会法それ自体に対するイデオロギー批

---

158) ラートブルフ [1926] 8頁以下、橋本文雄 [1957] 240頁以下、星野英一 [1983a] 150頁以下、佐藤幸治 [1983] 292頁以下等を参照。

159) 例えば、橋本文雄 [1957] 290頁、405頁以下(「配分的正義」)等を参照。本書については、内海博文 [2009] が詳細に検討している。

160) 片岡昇 [1965] 140頁以下参照。ラートブルフ [1930] 180頁注5はレンナー、K. [1968] を挙げている。

判も早くから展開されていた<sup>161)</sup>。

(3) 法主体～新しい法価値

(i) 社会法論においては、市民法における法主体の概念を見直し、そこから法関係を捉え返そうとする見方がある。以下、主としてラートブルフの説くところを中心に見ていく。

ラートブルフによれば、市民法においては、独立した法主体とは、独立した自由・平等な個人(自然人)、しかも「経済人」(homo oeconomicus)であった。自由主義的法時代の「伝統的な個人主義的法秩序は、個性がなく、孤立したものとして考えられた個人に方向づけられた。…(中略)…人(Person)の概念のなかには、すべての者の、法律の平等・平等の所有権の自由および平等の契約の自由がいっしょに考えられている」<sup>162)</sup>。

「自由主義的法時代の誤れる経験的な平均類型というものがいかに虚構であるかということが、ますます白日の下にさらされることになった。……無経験とか、困迫、軽率といったようなすべての場合においては、もっぱら狡猾にして自由かつ利己的な人間を対象としてつくられた法は、それとは性質を異にする人々を破滅に導かずにはおかなかったのである」<sup>163)</sup>。

しかし、「新しい人間像は、自由主義時代の自由、利己および怜悯という抽象的な図式に比べて、はるかに、生活に密接した類型であって、それにあっては、権利主体の知的・経済的・社会的な勢力関係というものもあわせ考慮されている。爾来、法における人間とは、……孤立した個人ではなく、社会の中なる人間、すなわち、『集給人』なのである」<sup>164)</sup>。

161) 例えば、加古祐二郎 [1964] 参照 (本書に所収の諸論文は 1930 年代であり、例えば「法的主体より見たる社会法」は初出 1936 年)。

162) ラートブルフ [1926] 169 頁。当時の近代経済学も同様であり、これを今日の非主流の経済学者、例えばアマルティア・センからみると、「人間はいつでも自分の利益になることを選択する存在であるとする『ホモエコノミクス』という経済学の鬼子のような想定」(若松良樹 [2003] 259 頁以下、注 29) と表現される。

163) ラートブルフ [1926] 10 頁、Radbruch [1957] S. 15.

164) ラートブルフ [1926] 11 頁。また、ラートブルフ [1930]、佐藤幸治 [1983] 281 頁以下、296 頁、手島孝 [1983] 79 頁以下、83 頁以下等参照。橋本文雄 [1957] 507 頁は「社会人」と呼ぶ。もっとも、孤立した個人から集給人へという視点の変化は、戦間期の社会法に特有のものでもなく、それ以前から説かれていたようである。例えば、A. V. グイシーは、1865 年以降、世論と法律は個人主義から団体主義 (コレクティヴィズム) に展開しはじめたと述べている (田中真晴 (編著) [1997] 21 頁による)。

こうして社会法論においては、古典的市民法の修正として、個別に当事者の個別的具体的な事情に着目するだけでなく、労働者、借家契約における賃貸人、小作人、社会的困窮者などの集合または群として捉える、という視点が提示される。

(ii) 社会法論の中でも、労働法を主として念頭においた場合、法主体の概念の再構成は上記の一般論にとどまらず、労働者に対し労働組合の結成・活動に関する権利を認め、それを保護・助長することに意義が認められている。ここでは、抽象的な「市民」(=財産所有者たるブルジョア)に対して、より具体的な人間像たる労働者を対峙し、「生存権」の法理に基づく法体系として捉えることで、社会法としての労働法の独自性と妥当性を論証しようとする。

この考え方を発展させ、ドイツにおいて経営評議会、労働者の経営参加という方向が打ち出されたことは、すでに見たとおりであり(本節2)、これは経営主体それ自体の変革を構想し、経済民主主義という標語の下で議論された点で、経済法の領域にも密接に関連するものであった。しかし、この議論は今日の視点からは、当時明らかになりつつあった「組織資本主義」への傾向を肯定し、労働者の側からさらにそれを進めようとした点で批判されるべき性格のものであったといえよう<sup>165)</sup>。

(iii) 正田彬 [1972] は、これとは逆の視点に立って、中小企業に関する諸法について、中小企業者の団結と、大企業への対抗の法理を主張する。いわく、「中小企業者等のいわゆる独占資本に従属する者の生活の権利、……自由権よりも強度の社会法上の権利を従属者が持っていると考えられる」<sup>166)</sup>。

このことは、特に第2次大戦後大きな改革が行われた協同組合法制において鮮明に認められ、例えば、「組合員の経済的地位の改善のためにする団体協約」(中小企業等協同組合法9条の2第1項6号)が特に重要視される<sup>167)</sup>。さらに、中小企業等協同組合だけでなく、農業協同組合、消費生活協同組合法などの各種協同組合が、法律上、一定の保護と法的地位を与えられ、独占禁止法の適用除外を受けることも、上記の視点から理解することができる<sup>168)</sup>。

もっとも、中小企業法制の中でも、中小企業団体の組織に関する法律、中小

---

165) 詳細は、舟田 [1975-77] (4)を参照。

166) 正田彬 [1972] 296頁。そこでは、我妻栄 [1948a] において、中小企業者の「生活権」が、大企業の所有権との対立において認められ、憲法25条にその根拠が求められるとの叙述があることが紹介されている。「生活への権利」についての最近の研究として、尾形健 [2010] がある。

小売商業振興法などには、団結という要素はあっても（ただし、これら諸法においては、「組織」という用語が用いられる）、大企業への対抗という要素は希薄である。同じく中小企業の保護を目的とする下請法における「下請事業者」（2条8号）には、団結という要素もない。そのほか、後述の経済的規制に関する諸法においても、特定の者に対して特別の法的地位を認める諸規定は少なくないが、団結や団体・組織による大企業への対抗という要素はほとんどみられない。

(iv) ここで、法律における名宛人（Adressat = 「受範者」）について瞥見しておく。

民法は、原則としてすべての人に対する規範であり、その第二章は「人」と題され、「私権の享有は、出生に始まる」と定められている（3条）。中世の法が特別の者、具体的には領主たちの既得権の集合であったことを思い返せば、近代市民法の法主体が抽象的な人格であり、また実定法上は上記のように個人＝人であるということには、近代法の歴史的特殊性が現れているといえよう。

しかし、例えば商人の法から自生的に発展してきた商法では、既に個別の類型の名宛人（「商人」）に対する規範であったし、19世紀中頃から生じた社会立法は、労働者、その中の女子、子供などを名宛人とする規範を含んでいた。

このように一定の同質な法主体を設定することを起点とした規制システムは、特に今日の経済法・社会法等においてしばしばみられる。独占禁止法についてみてみれば、同法の主たる名宛人は「事業者」であり（同法2条1項）、消費者と労働者はともに取引の主体ではあるが、この意味での「事業者」には当たらないと解されている。これについては明文の規定があるわけではなく、独

---

167) この「団体協約」については、農業協同組合法10条1項14号、内航海運組合法9条1項等にも規定がある。独占禁止法との関係では、公取委「平成23年度相談事例集」における「協同組合連合会による取引条件の交渉」という項目に、「農産物の生産者で組織する農業協同組合の連合会が、当該農産物の販売に際し、農業協同組合の販売先事業者と取引条件の交渉を行うことは、独占禁止法第22条による適用除外の対象となる組合の行為（組合員の経済的地位の改善のためにする団体協約の締結）とは認められず、独占禁止法上問題となるおそれがあると回答した事例」、という記述がある。団体協約の本旨は、本文にあるように、強い経済力を有する大企業に対抗するための団結ということにあるから、それを超えて、農協組織が競争を制限するような市場支配力を持つようなことは許されないと解される。

168) 中小企業の大企業への対抗等の問題については、正田彬 [1974a] 等を参照。日本の協同組合法法制については、舟田 [1980]、舟田 [2009b] 552頁参照。米国の農業協同組合法制については、高瀬雅男 [2007]、高瀬雅男 [2012] を参照。

占禁止法の歴史を踏まえた解釈に基づくものであり、また、個別具体的にある経済主体が消費者または労働者に当たるか否かということも解釈問題であり、これは独占禁止法の基本原理ないし法理念に基づいて行われるべきものである(これらの解釈論については後述)。

また別の例でいえば、下請法は、その規制対象を「親事業者」と「下請事業者」(2条7号・8号)に分けて全体が構成されている。中小企業に関する諸法においては「中小企業者」(中小企業基本法2条)などが、また、消費者法に属する諸法においては「消費者」(消費者契約法2条1項)が、それぞれ名宛人ないし保護の対象とされている。さらに、経済的規制法等の分野では、当然のことながら、特定の事業を行う者(例:電気通信事業者)に限った規制が行われている。

このようにみえてくると、初期の社会法論が、社会法においては具体的人間を対象としているといっても、今日では多くの実定法において、特定の類型に限定された名宛人を設定することが広く行われているので、その限りでは、特定の法領域に限った特徴ではないということになる<sup>169)</sup>。今日の我々からみれば、

---

169) 法律の名宛人ないし規制対象を限定することは、ドイツ法の伝統的な「法規」概念、「法律の一般性」の要請との関係から疑問も生じる。日本国憲法41条の「立法」とは、「実質的意義の法律」にかかわると解されている。これは法律が「法規」=一般的規範でなければならないとすることによって、特定の人間や対象のみを念頭において法規範を定めることを禁止していると説かれてきた。長谷部恭男 [2011] 313頁以下、樋口陽一 [2010] 344頁以下等を参照。これによって、もともとは君主による恣意的支配に対する防御、その後の戦間期には「立法専制に対する防壁」(カール・シュミット)を設けようとしたものであり、また制度論としては、権力分立の原則、支配の正統性にかかわる、ルソー以来の個別意志と一般意志の問題に対する1つの民主主義に必須の装置であるという面がある。参照、井上達夫 [1991] 27頁以下、55頁以下、玉井克哉 [1993]、三宅雄彦 [2005]、塩見佳也 [2009]、舟田 [1975-77] (2)567頁以下等。

この問題は、特定の具体的な人間・団体を対象とする法律が違憲かどうか、あるいは制度論の次元で、上の「法律の一般性」原則に反しないかという形で、戦後のドイツ等でいわゆる「措置法」に関し議論されてきた。これについても上記の諸文献以外に多くの研究がふれているが、詳細な研究として、赤坂正浩 [1999]、小山正善 [1980-81]、小山正善 [1983]がある。しかし、ドイツでも日本でも、今日の社会状況から、特定の対象に限った措置法も平等原則に抵触せず、権力分立原理の核心を侵すことがない等、合理的なものであれば合憲であると解するのが多数説であり、実際にこの種の措置法は数多く制定されている。このような現状を最も明快に肯定するものとして、安念潤司 [2005] 参照。

合憲か否かという解釈論のレベルでは、このように決着がついているとしても、上記の議論に含まれている、「立法専制」への懸念、権力分立の原則の具体的あり方等の制度論の重要性は今日でも否定できないと思われる。

法律の名宛人を限定すること自体ではなく、どのような法理念なり法原理に基づいて限定したのかということ、また、その具体的な法制度の中身（合理性の有無等）が問題である。

(v) 前記のような、労働者や借家契約における賃借人などに関する社会法的な諸立法においては、前記の市民法における個人を抽象的な「経済人」として捉えるのではなく、特定の対象の具体的な社会実態に即して、特定の法的地位を与えようとするものあり、このような法主体の捉え方は社会法の特質とされたことは前述のとおりである。しかし、その後、「市民法から社会法へ」という標語の下で、あるいはそれとは別の文脈、すなわち民法の解釈等において、私的自治の原則の修正に向かう、立法や裁判（解釈）における実定法化が進んでおり、特定の対象の具体的な社会実態に即して法的利益を考慮するという視点は、すべての法領域に及んでいるともいえ、その限りでは社会法に独自の領域というものはないことになる。

既存の法分野、特に民法において、不法行為法における具体的な利益調整、個別的な解決における妥当性の追求、契約法における信義則の活用などによって、理論的にもまた解釈論の妥当性という点からも、社会法からの批判を受け止めたともいえるのであり、社会法論は批判する対象を失ったともいべき状況になっている（ただし、民法による解釈に限界があることは前述した）。

また、社会法の理念とは別に、その法技術上の概念ないし特性が明確ではないという指摘がある。例えば、塩野宏 [1989] は、1925年、初めて東北帝国大学に「社会法」の講座が設けられて以降、社会法に関する議論が重ねられて来たことを概観し、「社会法・経済法の理論上の概念は語られているとはいえ、技術上の概念としてのその特性は、不明確なままに残されていた」と指摘する<sup>170)</sup>。

もっとも、このようないわば社会法解消の方向に対しては、前記のような独自の法理念・法原理に基づく労働法を基盤とする学説から、「社会法」は、使用者に対する労働者の従属的地位という社会的実態に即した法規範のみを指すという見解、あるいは、市民法の修正の一面を「生存権」という側面において捉えることに限るといふ見解が主張される<sup>171)</sup>。実際、今日の社会法は、かつての「市民法から社会法へ」というような広い、方法論的な意味合いではな

170) 塩野宏 [1989] 96頁。

く、労働法と社会保障法を中心とした狭い、しかし技術上の概念確定がより明確な領域の法分野として、独自の発展を遂げているといえよう。

他方で、憲法学・行政法学においても、社会法という用語はあまり用いられなくなっているが、社会権・生存権については、基本権の中心的テーマの1つとして議論が続けられてきたことは周知のとおりである。以下、経済法にとって重要な経済的自由という問題関心の下で、主として憲法学上の社会権に関する議論についてみてみよう。

#### (4) 社会権、特に結社・団結の自由

(i) 上記のように、社会法(論)は、新しい法学上の方法論ないし観点を提示したのであるが、同時に、そこには新しい実体的価値を法的に認めようという面もあったことはいうまでもない。すなわち、具体的な社会的不平等という実態を踏まえ、これを是正するための立法を行い、あるいは具体的なケースにおいて法的判断(解釈)をとることが社会法原理に合致する、と説かれた。

戦間期から1950年代にかけて、個別具体的な社会的不平等を是正すること、すなわち実質的平等の実現が、社会的正義に適うことであるとするを広く社会法原理とし、これを実定法のレベルでも、市民法原理と対比させてその実現に向かうことを志向する議論が、広く有力に行われた<sup>172)</sup>。

これと並んで、憲法、労働法や社会保障法などの理論的研究において、より鮮明に、新しい法価値である「生存権」を社会法原理の中心的概念とし、これを起点に社会法を構成しようという傾向もみられる。戦後の憲法学においても、前記のワイマール憲法(特に151条1項)と、日本国憲法(25条)等を基本として、「生存権」に関する議論が多様になされたし、労働基本権(憲法28条)等を含めた「社会権」についての議論もさかんに行われた<sup>173)</sup>。しかし、その後は、社会法そのものに関する一般的な議論は少なくなり、前記のように労働法と社会保障法の分野で、より個別の実定法に密着した、社会権に関する理論的展開や具体的な解釈論が続いているといえよう。

---

171) 沼田稲次郎 [1950] 95頁以下、120頁以下、沼田稲次郎 [1975] 159頁以下、373頁以下、片岡昇 [1965] 150頁、渡辺洋三 [1975] 161頁以下等を参照。

172) 例えば、橋本文雄 [1957] など既出のものほか、戦後の社会法論が有力になった頃の議論として、法律時報30巻4号(1958年)所収の伊藤正己、鶴飼信成、戒能通孝、峯村光郎等の論文を参照。

173) 例えば、中村睦男 [1973]、中村睦男 [1983]、内野正幸 [1992] 等を参照。



経済法においても、社会法原理、ことに生存権に関する考え方を基礎とした議論があるが、これは後に扱うことにし(本節三参照)、ここでは、経済法・競争法につながる論点として、結社の自由と団結権について簡単にみておく。

(ii) 労働者の団結権・団体交渉権・争議権は、いうまでもなく、個人間の雇用契約という市民法の枠を超えて、集団としての労働組合に特別な法的地位を与えることから出発する。労働者の権利は、イギリスでは1871年労働組合法以降、またドイツ、フランスなどでは1948年の動乱後、徐々に認められてきた。これらの労働立法は、労働組合の結成を認めるだけでなく、使用者に対し労働組合と団体交渉すべき義務を課し、さらに、正当な争議権の行使、すなわちストライキによって使用者が損害を受けたとしても、その損害賠償を請求することは許されない、とする(民事免責)。ここにおいて、雇用契約における契約の自由が制限され、労働者の権利の優越が認められたわけである。

米国においては、労働者の団結権は、反トラスト法との関係で大きな問題となった。すなわち、反トラスト法の制定の際の趣旨(前述、第1節二3参照)と異なり、初期の判例では、労働者の団結とストライキ等の共同行為が違法なカルテル(シャーマン法1条)に当たると解されたため、労働運動を抑圧するために反トラスト法が頻繁に用いられた。

労働者側はこの解釈を覆すために長く戦いを続け、ようやく民主党のウッドロウ・ウィルソンが労働団体をシャーマン法の適用対象から外すという公約を掲げて大統領に選出され、その公約の実行のためクレイトン法が制定された。同法6条は、「人間の労働は商品でない」と宣言し、反トラスト法が労働組合の存在や正当な目的のための合法的な行為を禁止するものと解してはならない、と定めた(同法20条)。

しかし、連邦最高裁判所は、1921年のデュプレックス印刷機械会社事件判決で、同法の規定を極めて狭く解釈することによって、全く法制定の趣旨とは異なる態度をとり、労働運動に対する差止命令・損害賠償責任を認め、その後も労働運動の弾圧が続いた。これに抗議する運動が実って、1932年、ノリス・ラガーディア法(Norris-LaGuardia Act)が制定され、多くの州でも同様の法律が制定され、連邦最高裁判所も1937、1938年判決で、ノリス・ラガーディア法と同旨の州法を合憲と判決し、ようやく適用除外が認められた<sup>174)</sup>。

174) 以上については、田中英夫 [1980] 296頁、308頁、562頁以下、谷口陽一 [2009] 等を参照。

日本の独占禁止法においては、労働者の団結権の行使をカルテルとして違法とする議論は、同法制定当初から否定されている<sup>175)</sup>。ここでは上記の米国のように明文の規定はなく、解釈論として労働者は独占禁止法上の規制の名宛人である「事業者」には当たらないと説かれているのであるが、これは上記のような米国反トラスト法の歴史を踏まえているのであり、理論的には、契約の自由に対する労働基本権の優越という社会法的考え方なしでは語られ得ないのである。

(iii) 日本国憲法は、国家に対し私人が団体を形成することの自由（消極的自由）、および「結社の自由」（21条）を認めているが、労働者に対しては、それにとどまらず、それを実質的に確保するために、それを使用者に対する自由として認め、さらに使用者に団体交渉の義務を課し、争議による損害を受忍させることまで定める（財産権の侵害の許容。労働組合法8条の民事免責）。したがって、ここでは「自由」の概念が変更されたともいえる<sup>176)</sup>。

もっとも、これについては、憲法上、労働基本権を認める明文の規定があり（28条）、この規定に限っては私人間の関係にも直接適用される（後述の「第三者効力」または「私人間効力」）、として済みますことも<sup>177)</sup>、法技術的には、あるいは論理的には可能である。

また、自由権と社会権という区別など、人権の分類は相対的なものであることが強調される。例えば、「労働基本権（団結権、団体交渉権、争議権）に至っては、歴史的にみても、自由権（結社の自由、言論表現の自由など）がその基礎に存する点で、社会権の中でも最も自由権的性格が強い」、とも説かれている<sup>178)</sup>。これは、自由権は「国家からの自由」であって、労働基本権も歴史的に「国家からの自由」を基礎にしており、同時に、「国家による自由」によってその権利性を強化したものだということである。

社会権には、「国家からの自由」と「国家による自由」という2つの側面が

---

175) 根岸・舟田 [2010] 43頁（「被用者としての地位にあるときには独禁法を適用できない」）。詳細は、舟田 [2004] 72頁を参照。

176) 樋口陽一 [2010] 157頁以下参照。労働者の団結とイギリスの自由主義経済学との関係、コモン・ロー上の「違法な団結」との関係については、岡田与好 [1987] 25頁以下、86頁以下を参照。

177) 例えば、芦部信喜 [1994] 291頁、芦部信喜 [2007] 262頁、渋谷秀樹 [2013] 140頁等参照。

178) 芦部信喜 [1994] 83頁、241頁を参照。ドイツ憲法学においても、団結権は自由権の中に位置づけられてきたことにつき、内野正幸 [1992] 参照。

あるということは、そのとおりであるが、問題は、その先にあるのであって、社会権と自由権の歴史的関係、論理的関係をどう理解するかである。

これまで述べてきた近代市民革命以来の自由との関連では、中村陸男などによって、「生存権的基本権」に基づき国家の役割の強調による生存の保障をはかることは、「上からの『社会権』」であって、「権力と自由の緊張関係を没却」するものであり、「下からの『社会権』」を見るべきであること、また、「社会権の基底における自由権の存在と両者の相互関連性」を捉えるべきである、と主張されたことに留意すべきである<sup>179)</sup>。

それによれば、「下からの『社会権』」とは、罷業権・組合権 (= 団結権)・団交権などが、労働者の自主的活動を中心とし、国家の介入はそれを補充するにすぎない、という意味である。団結権は、「結社の自由」を基礎にしており、自発的な個人の自由な結合として労働組合という集団が成り立つ。消極的団結権は「組合加入 (不加入) の自由」と「組合選択の自由」を含むが、これを踏まえて使用者も団結権を侵害してはならない、という構成がなされるのである。労働者の個人としての主体性を認めることを基礎として、さらに社会権としての組合権が承認される、と言い換えることもできる<sup>180)</sup>。

(iv) 社会権 (ここでは労働基本権) と自由権の関係について、本稿のテーマに引き付けてみれば、今日の状況について、次のように説かれていることが注目される。

「労働力取引の場面と営業の自由の場面では、団結 = 独占保護法制と独占禁止法制という、対照的な内容を持つ制度が登場しているのであり、この組合せが、産業先進国に共通のものとなる」<sup>181)</sup>。ここで、「対照的」とは、前者の労働力取引の場面では労働者の団結が形式上はカルテルでありながら、労働基本権として認められ、他方で、後者の事業者の営業の自由の場面では、独占禁止法によってカルテル等の競争制限的な結合が禁止される、ということを指し

179) 中村陸男 [1973]、中村陸男 [1983]。同旨、樋口陽一 [2010] 276 頁、294 頁以下参照。このことは、沼田稲次郎 [1975] 373 頁以下、380 頁等においても強調されていた。

180) 中村陸男 [1973] 295 頁以下参照。同書によれば、「罷業権・組合権等の労働基本権は、国家および使用者に対抗する労働者の武器として、そして、労働者階級の連帯および自律の表現であることに意味があった」。したがって、フランスでは、社会権の基礎を、「社会国家」のような国家観念の変遷に求めず、「社会的デモクラシー」に求めている。

181) 樋口陽一 [2010] 286 頁。岡田与好 [1987] 86 頁以下の「自由放任主義と労働組合」も、同様の問題意識の下で歴史的検討を行ったものである。

ている。

一般に、結社ないし団結については、具体的な歴史的な文脈の中で、どのような主体がどのような経済的実態の中で行われるかによって、法秩序における価値評価が全く異なっているのは当然である。労働者の団結権等は、強力な使用者に対する対抗力を法的に認める趣旨であるが、反競争的なカルテルが事業者の結合（または事業者団体）によって行われる場合は、消費者などの取引の相手方に対し、それらの自由な取引の可能性を押しつぶすものとして独占禁止法によって禁圧される。

こうして、これら2種類の結合に対する法的評価は正反対になっているが、両者に共通する理念は、労働者や取引の相手方に、取引における実質的な自由（その意味については後述、本節3.2等を参照）を認め、それを法的に支援すべきである、ということである。

(v) 「結社の自由」について、事業者の団体（経済的目的の団体）との関係をごく簡単にみておこう。

「結社の自由」の歴史的展開を振り返れば、フランスでは、近代市民革命が中間団体の排除を目指して、古い特権的な団体を解体し、いったん「結社からの自由」が貫徹されることを通して、そこに析出された個人の「結社する自由」が成立したという、特有の意味を持った<sup>182)</sup>。また、イギリスでも、17世紀における初期独占の原則的廃止をうけて、18世紀になると、同業・同職組合（ギルド団体）への法的保護の除去（無効化）、および、初期労働組合に対する団結禁止という2つの側面における「結社からの自由」が法制化され、19世紀半ばを過ぎて、ようやく後者（労働者の団結権）の承認へと転換する、という過程がみられる<sup>183)</sup>。他方で、このような古い中間団体の排除なしで自由主義時代を迎えたドイツでは、カルテル（事業者による結社・団結）への攻撃が法認されることはなく<sup>184)</sup>、第1次大戦後のカルテル王国の時代を迎えることになった。

---

182) 樋口陽一 [2010] 29頁以下、157頁以下参照。そこでは、米国の場合はフランスと対極的に、身分制から解放された個人が最初から存在したので、自律的な個人による様々な結社が、多面的な利益を政治過程に反映させ、個人の自由を政治権力から守る役割を果たしたという、トクヴィル＝多元主義モデルとして特徴づけられると説かれている。芦部信喜 [2000] 520頁以下、長谷部恭男 [2011] 220頁も参照。

183) 岡田与好 [1987] 22頁以下等を参照。

今日の憲法学において、「結社の自由」というと、政治的・思想的な結社をまず想定し、さらに労働組合までは含むと解されているようである。しかし、経済的団体については、米国の判例と同様に、政治的・思想的な団体であろうと経済的団体であろうと、それらの目的を問わず「結社の自由」が認められるとする説と<sup>185)</sup>、「もっぱら構成員の経済的利益の実現を目指す結社（商法上の株式会社など）……は21条の結社の自由の保護を受けない」、それらは経済的自由ないし財産権との関係で考えるべきだとする説がある<sup>186)</sup>。

市民革命の前後には、既にもてきたように、旧来の特権的な同業組合等の結社に対し、新興の資本主義勢力がそれらの特権ないし団体強制を廃止しようとしたことが重要な論点であった。また、日本において明治初期、既に同業組合に関する強制加入が定められていたし、制定の輸出組合法等（1925年）、需要産業統制法（1931年）では、カルテルへの保護策と並んでアウトサイダー規制命令を定め、国家総動員法（1938年）になると、すべての事業者が各種の統制団体に組み入れられる。大日本帝国憲法29条は「法律の範囲内において……結社の自由を有す」と定め、強制カルテルとの関係について問題になることはほとんどなかった。

戦後の1957年、アウトサイダー規制命令と並んでアウトサイダー加入命令までも許容する「中小企業団体の組織に関する法」（中小企業団体組織法）案に対して、消費者団体、各種の経済団体、公取委が反対した。国会の審議において、参考人に呼ばれた田上穰治は、経済的自由としての結社の自由は、公共の福祉のために制限されても違憲ではないとして賛成の意見を述べ、金澤良雄はこれに消極的な意見を述べた（同法は提案とおり成立したが、該当規定は1999年に削除された）<sup>187)</sup>。

今日の憲法学では、弁護士、税理士、司法書士などの専門家に関し、団体への強制加入が定められていることについて、法的紛争が多く発生している。上記のような経緯を踏まえれば、一般の事業者の団体に関する結社の自由を憲法上の自由権として捉えること、ただし、単純な「国家からの自由」だけでな

---

184) これはドイツにおける団体の法的地位の歴史の変遷についてあまりに簡単に述べているのであり、その詳細については特に村上淳一 [1985] 108頁以下、124頁以下等を参照。カルテルを合法とした1897年の大審院判決については、本節2(4)でふれた。

185) 芦部信喜 [2000] 524頁以下参照。

186) 長谷部恭男 [2011] 218頁参照。

く、事業者の経済的自由と団体の結社の自由が衝突する場面で、具体的な自由の中身を問題にすることが重要であると思われる（社会権としての経済的自由の構成、私人間の効力等については後述、第4節を参照）。

#### (5) 社会国家と基本権

(i) 上記のような社会法の生成・発展は、同時に、それを国家法として認める国家像ないし国家理念の性格変化に対応している。

戦間期のドイツでは、古典的な自由主義的国家観に代わって、「社会国家」、「社会的法治国家」観をめぐる議論が行われた<sup>187)</sup>。当時、この変化を重視する学説は、法学・社会学・政治学等における少数派であったが、第2次大戦後の西ドイツでは、ボン基本法が、「民主的かつ社会的な法治国家」（20条、28条）を明示したことが象徴するように、「社会国家」を基本的性格と認めたとする議論が主流となる<sup>189)</sup>。

そこでは、法治国家は国民の権利・利益を国家から守ろうとする原理に立脚するのに反し、社会国家は、社会的弱者を保護し、あるいは配分的正義・実質的正義を志向する国家である、あるいは、「社会的法治国家」とは、社会的平等の実現（すべての者の生活目的の配慮）に向けられた法治国家である、旧来の形式的法治国家に代わる「実質的法治国家」理念、などと説かれた。

戦後しばらくの間、西ドイツにおける社会国家をめぐる議論は、法治国家性と社会国家性との関係をどう捉えるかという問題を中心として展開された。すなわち、従来からの、法治国家性を維持しながら、同時に、現代的状況の中で

---

187) 以上については、金澤良雄 [1980] 231頁以下、金澤良雄 [1985] 301頁以下、正田彬 [1976 II] 149頁以下、160頁以下、正田彬 [1980] 36頁、平林英勝 [2012] 233頁以下等を参照。なお、現在残っている唯一のアウトサイダー規制命令は輸出入取引法と環境衛生関係営業運営適正化法に基づくものであるが、これらも中小企業団体組織法と同様、「実績」はないと推測される。最近、タクシー特別措置法（前注138）の改正の際、アウトサイダー規制命令の導入が検討されたが、違憲との主張を考慮し、地域の事業者により構成される協議会は、アウトサイダーに対し、「当該地域計画に定められた事業の実施のために必要な協力を要請することができる」という条文になった（平成25年法律83号による同法10条2項）。

188) 特に、「社会的法治国家」を論じたヘルマン・ヘラーについては、多くの研究がある。影山日出弥 [1961a]、影山日出弥 [1961b]、影山日出弥 [1974]、シュルフター [1991]、河原宏 [1968]、広沢民生 [1976]、松本尚子 [1997] その他。舟田 [1975-77] は全編にわたって、ヘルマン・ヘラーの諸説を参考にしている。

189) アーベントロート [1971] 93頁以下は最も先鋭的な理解を示すが、通説的立場については例えば、ヘッセ [2006] 120頁以下参照。日本における研究として、影山日出弥 [1974]、海老原明夫 [1994]、舟田 [1975-77] (7) 590頁以下等。

要請される社会国家性を実現する途が議論されていた<sup>190)</sup>。

(ii) 社会国家の規範的性格に関しては、ワイマル憲法の生存権等の規定が、結局はプログラム規定にとどまってしまったことを踏まえ、ボン基本法の下での社会国家については、単なる国家目標なのではなく、何らかの規範的意義を認めるべきだと説く議論が有力となる。

ドイツにおける社会国家についての通説の最大のジレンマは、一方で、(旧)東ドイツまで迫ってきた共産主義国家に対抗して、理念としての自由主義、かつ、経済の基本的秩序として自由主義経済体制を選択し、具体的には基本法の経済政策上の中立性、殊に諸々の経済政策論のイデオロギーからの中立性を固持しながら(この点は後に、本章第4節で扱う)、他方で、価値相対主義が価値ニヒリズムに転化した苦い経験を踏まえ、社会国家原理に「社会的正義」等々の内容を認め、かつその規範的性格を肯定するところから由来する。

憲法解釈論としては、社会国家原理は、単に国家に「社会形成」(当時のドイツ公法学においては、社会のインフラ整備、給付行政等の国家による、よき社会の形成という意味で慣用的に用いられた)の権限ないし任務を与えるのみならず、具体的状況に適う社会形成を義務づけており、また、それは国家に対する給付請求権を基礎づけることがある、と説かれている<sup>191)</sup>。

(iii) 戦後初期の日本においても、上記のドイツと同様に、新憲法の下で、「社会国家」の理念に立脚して、「自由権的基本権」から「生存権的基本権」への転換が行われたのであり、ここでは国家権力の積極的な配慮・関与が要請される、という趣旨の議論が広く行われた<sup>192)</sup>。

実定法解釈論としては、憲法25条について、プログラム規定説・抽象的規定説・具体的規定説等をめぐって判例・学説が多様に展開され、今日では、同条が一定の裁判規範としての効力を有することはほとんど異論なく承認され、いかなる訴訟類型において、いかなる違憲審査基準によってその効力を認めるか、等の研究・議論が行われ、「生活への権利」をめぐる権利性の強化とその司法的救済を見据えた研究などが現れている。

他方で、1990年代に入り、リバタリアニズム(libertarianism)が世界的に有

190) 舟田 [1975-77] (7)624頁。

191) 戸波江二 [1978]、ヘーベルレ、P. [1993]、ツァハー、H. [2005] 168頁以下等を参照。

192) 我妻栄 [1948a] (中村睦男 [1973] 291頁以下による)、鶴飼信成 [1956] 87頁以下、鶴飼信成 [1984] 251頁以下、264頁以下(「自由権的基本権から生存権的基本権へ」)等を参照。

力に唱えられるようになり、日本の憲法学においても福祉国家観を再考すべきである等の見解が登場したことにも注視する必要がある<sup>193)</sup>。

(6) 自由のカタログ

(i) 以上を踏まえ、今日の憲法学における通説的な理解によれば、基本権は、極めて大雑把に図式化すれば、次の3種類に分けられる<sup>194)</sup>。

- ① 国家からの自由＝消極的自由（精神的自由，経済的自由，人身の自由）
- ② 国家による自由＝積極的自由（社会権）
- ③ 国家への自由＝能動的権利（参政権）

上のリストでは、①から③の諸自由に含まれる自由のカタログ（精神的自由，経済的自由，人身の自由，社会権，参政権）を括弧内に示してある。

既に19世紀後半頃から、実証主義法学の隆盛とともに、これら諸自由を静態的に整序するという過程の中で、上記の①から③までの諸自由のカタログが提示されたことは周知のとおりである（ゲオルク・イエリネクの受動的地位・消極的地位・積極的地位・動態的地位の4種など）。

しかし、重要なことは、①から③の諸自由を並列的に分類することではなく、①から③の諸自由が内的に関連していると捉えることである。例えば、労働者の団結権は、②「国家による自由」に属するとされるが、①「国家からの自由」に属する「結社の自由」を基礎にしており、かつ、それを③「国家への自由」を通して国家の承認を勝ち取る、というように。すなわち、これら①から③の諸自由に属する自由は、それぞれ別個に並立しているものではなく、また、具体的に問題となる自由は、①から③の諸自由のどれに属するかという形で、形式的な分類学をするものでもない。

これらのうち、特に、②国家による自由＝積極的自由は、まさにここで取り上げている社会法、または社会国家・福祉国家の理念に関連して認められる人

---

193) 以上については差し当たり、尾形健 [2010] を参照。

194) 多くの論者がこのような整理をしている。例えば、芦部信喜 [2011] 83 頁以下。手島孝 [1983] 105 頁は、ラスキ『現代国家における自由』（1930 年）の、「私のいう自由とは、……現代文明にあって個人的幸福の必要な諸保障である社会的諸条件が実在するのに抑圧の存しないこと、を意味する」という文章を引用し、「人間らしく自由に……すなわち、人間たるにふさわしからぬ環境的諸条件から免れて（フリーに）……生きることの保障を社会とくに国家に求めるところまで拡張されねばならない」とし、これを「国家への自由」と呼ぶ。これは、本文での用語における、「国家からの自由」から「国家による自由」への「拡張」と理解することができよう。



権であるが、これは、上記のように、①国家からの自由、③国家への自由と関連してこそ積極的な意味があると考えられる。

本稿の具体的な検討対象である経済的自由についても同様であって、憲法の通説的な理解では、経済的自由は、上記リストに示したように、①国家からの自由＝消極的自由に属するとされる。これに対し、前出の岡田与好らの歴史理解では、市民革命の際に、新興産業資本勢力等が国家の基本的秩序として「営業の自由」を打ち立て、旧勢力の既得権を排除しようとしたのであり、そこでは、旧勢力（私人）に対する新興勢力（私人）の自由を国家が積極的に認め擁護するという意味で、②国家による自由としても構想されていた。同時に、その意味での「営業の自由」は国家の「公序」として具体的に制度化され、その基礎の上で競争法や経済的規制法等が立法され、適用・運用されるべきであるから、「営業の自由」は立法上・行政運用上の指針であり、かつ、司法審査における判断基準ともなると解されるから、③国家への自由としての性格も有していると考えられる（この最後の点は、後に再度取り上げる）。

(ii) 1960年代後半頃から、これまで検討してきた社会法・社会権の枠を超えて、新しい人権論の広がりが見られる。そこでは、自由権、社会権に続いて、「第3世代の人権」ないし「新しい人権」と呼ばれる、プライバシー権、環境権、知る権利、消費者の権利、平和的生存権などが主張され、それらを裁判上で実現しようという傾向もみられ、それと関連して「現代型訴訟」と呼ばれるタイプの事件も増えてきた<sup>195)</sup>。

これらの新しい権利主張は、伝統的な私人間の利益対立についての紛争解決のための訴訟ではなく、特定の公共政策ないし価値・理念を法的に認めさせるために訴訟の中で提示されることが多く、ここでは主観的権利と客観的法の間の動態的状况——これはまさに社会法論が強調していた点である——を汲み取ることも可能であろう。先に挙げたプライバシー権、環境権等は、その後、個人情報保護法、各種の環境法等によって客観的法となり、逆に、それらの法律における不十分、不適切な点につき、権利の実質化ないし充実という観点から裁判上主張され、かつ法改正を求める、という循環が動態的に生じることになる。

195) この点は、第1節5(4)で既にふれた。そこに挙げられている諸文献のほか、樋口陽一[2010] 161頁以下、289頁以下も参照。

社会権や上記の「第3世代の人権」などについて、法理論または立法政策論としてだけでなく、具体的な訴訟の場で問題にする際には、憲法のレベルのみならず、民法、行政法、社会保障法など、関係する個別法領域における具体的規定に関する解釈論として提示される必要がある。より正確には、憲法レベルと各個別法レベルの双方にまたがった解釈論が要請されるのであり、そうでないといわば裸の人権論として説得力が乏しいものになりがちである。近年、憲法と行政法、また、憲法と民法をつなぐ議論が多くなってきたのも当然のことと思われる。

本稿で検討し構成しようとしている経済的自由ないし「取引の自由」も、上記のような意味で、法理論上の概念であるとともに実定法上の法概念でもある。

#### (7) 社会法と民法・消費者法

上に述べたような憲法レベルの自由、「新しい人権」とは直接には関係しない、私人間の契約関係等においても、上記の社会法的な観点、あるいは社会国家観を背景として、従来の私的自治の原則を変更し、当事者の間に実際上の力の格差があることに着目した立法が、多くの国において次々と行われている。

既に、私法における私的自治の修正が多様に行われてきたことについては、前述のとおりである（第1節55）。ここでは、トーマス・ライザーが、ドイツにおける1960年代末頃からの約款に関する制度や消費者保護法などに関する諸改革が社会法・社会国家と関連づけられている、と述べていることにふれておこう。

トーマス・ライザーによれば、これらの諸改革、特に消費者保護法の生成において、「形式的法平等から契約当事者の双方の権利義務の実質的均衡という原則へ」という進展がみられる。「市民契約法を、もはや形式的なルールではなく、市場支配力と市場過程のコントロールのための手段として、また社会政策的実現のための装置として理解する」ようになった。また、新しい消費者保護法の諸規定は、「民法の光の中で解釈されねばならないのか……それは通常1つのどちらかという限定解釈を意味することになります……、それとも、それらの規定はそれ自体だけから理解されるべきであるのか、についての対立が法律学において生じた」、「古い自由主義的な法と新しい『社会的』法との間のこの緊張関係……（以下略）」、等と述べられている<sup>196)</sup>。

これらの私法上の変革は、ドイツでは社会国家観を背景として進められ、

「社会に即して再構成された社会国家的な義務を伴う契約法」、と評されることもある<sup>197)</sup>。

日本においても、例えば特定商取引に関する法律(1976年制定)は、訪問販売や通信販売等の産業保護という面を色濃く持ちつつ、個別の消費者被害の救済にあたろうという観点から生まれ運用されることから、必然的に「規制の後追い」とならざるを得ず、消費者トラブルや被害の増加が顕著になり、消費者運動の高まりをうけて、2000年によく消費者契約法が制定された。同法は、その1条で、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」、とその立法趣旨を明示した。情報力、交渉力の格差を立法の根拠としたということは、これまで述べてきたような社会法的な観点の延長として捉えることも可能である。

消費者契約法の性格については、これまで蓄積されてきた、主として一般条項、特に公序良俗、権利の濫用、あるいは契約法における信義則などに関する民法上の学説・判例を踏まえ、それらを実定法化したものに過ぎない、とする議論もある。しかし、これらの民法上の解釈の進展の基礎にある考え方は何かと問うてみれば、上述の社会法的観点からの把握と矛盾するものではなく、消費者契約法と社会法の間には通底するものがあるといえよう。

### 三 社会法と経済法

#### 1 社会法と経済法の関係

社会法と経済法の関係については、既に戦間期のドイツや日本において、当時の経済法、すなわち経済統制法と、当時生じつつあった社会法的な法的現象をどう理解するのかについて議論がなされた(当時は、新しく生じた労働法と経済法をひとくくりに「社会法」として捉える議論が多かった。前述、序章二(2)参照)。そこでは経済法の性格をどう捉えるかという違いから、社会法の中に、労働法・社会保障法と並んで経済法を含めるべきか否かという議論がなされ、この議論は戦後の日本においても形を変えつつ再現された<sup>198)</sup>。

196) ライザー, T. [1981] 175頁以下, 188頁参照。

197) 山本顯治 [1994] 282頁参照。大村須賀男 [1983] は、自由主義的な契約法から「実質的契約自由」への転換についてドイツの議論を詳細に跡づけて検討する。ヴァイヤース, ハンス=レオ [1984] は、「『民法的』な立場を犠牲にして、『社会法的』な立場を通す」という傾向がみられるとする。

戦後の論争において、一方では、労働法や社会保障法と対比して、「経済法という概念には、社会法という概念におけるような統一的な価値原理（規範原理）が存在しない」、という指摘が渡辺洋三 [1975] などにおいて行われ、社会法に代えて「現代法」として認識すべきだという主張がなされた<sup>199)</sup>。他方で、経済法の社会法的性格を説く代表的な論者として、正田彬が挙げられる<sup>200)</sup>。

## 2 経済法の社会法的性格

(1) 正田彬の説く、経済法の社会法的性格については、経済法を「独占資本主義段階に固有の経済的従属関係を規律する」法として捉え、「社会法上の権利を従属者が持っている」、とすることに端的に表れている。

出発点は、ここでも近代市民社会における近代市民法の原則である。いわく、近代市民法においては、「経済的な関係における平等な取引当事者間の取引の自由という原則が、競争秩序を媒介として実質的自由・平等の確保に収斂する」こととされていた<sup>201)</sup>。

ここで、「競争秩序を媒介として」ということについては、競争の機能＝「市場のテスト」等として述べたことと実質的に同様である（第1節5(1)参照）。ただし、その競争の機能を、単に事実のレベルではなく、法秩序の一部として構成した概念が「競争秩序」である。そして、事実としての競争や競争秩序は、近代市民法においては明示的には現れていず、背後に退いていた、ということも前述した（第1節3(4)参照）。

---

198) 沼田稲次郎 [1950] 95 頁以下、沼田稲次郎 [1975] 159 頁以下、正田彬 [1972] 279 頁以下（初出は、1953 年）、正田彬 [1974b] 183 頁以下を参照。

199) 渡辺洋三 [1975] 177 頁。これについては、江口公典 [1978] の紹介する諸文献、山下末人 [1997] 等を参照。「現代法」という用語は、1960 年代末から、渡辺洋三 [1975] に代表されるマルクス主義法理論に立つ研究動向において、独占資本主義、その後の国家独占資本主義の法という意味で用いられた。しかし、本稿では、「現代法」をより広く漠然と、近代市民法から現代法（経済法を含む）へという歴史的变化を示す言葉として用いている。

200) 正田彬 [1972] 279 頁以下、正田 [1979] 39 頁以下等。これらについては、私も何度か検討を試みている。書評「正田彬『全訂 独占禁止法 I, II』」法律時報 53 卷 2 号 100 頁以下（1981 年）、54 卷 2 号 112 頁以下（1982 年）、舟田 [2009a] 等を参照。このほか、経済法の社会法的性格を説くものとして、富山康吉 [1969]、江口公典 [1978]、丹宗暁信＝厚谷襄児（編）[1994]（丹宗暁信執筆部分）、丹宗暁信＝厚谷襄児（編）[1999]（丹宗暁信執筆部分）等がある。

201) 正田彬 [1990] 14 頁。

資本主義経済の高度化に伴って生じる経済社会の構造変化により、「市場における競争が機能することを前提とする仕組みはその機能を失い、市場支配力による支配を中心とした経済構造とそれにもとづいた社会関係が経済社会をおおうことになる」<sup>202)</sup>。しかも、大企業を念頭においた「市場支配力による支配」だけではなく、取引の相手方に対する「相対的市場力」も、市場における競争機能を阻害する<sup>203)</sup>。前者（市場支配力）の例として、私的独占（独禁法2条5項）に該当する行為によって、市場支配力を獲得した事業者が、他の競争事業者や取引の相手方を経済的に支配し、支配を受ける事業者・消費者の（近代市民社会では確保されていた）「実質的自由・平等」が侵されることになる。また、後者（相対的市場力）の例として、優越的地位の濫用においても、優越的地位にある事業者が、取引の相手方を支配し、濫用を行うことによって、取引の相手方の「実質的自由・平等」が侵される。

(2) 事業者による個別の事業者に対する支配が、市場における市場支配力または相対的市場力につながるという見方、また、行為者と同時に、当該行為が向けられた者の利益・権利に着目し、これを「社会法上の権利」の侵害として捉えることが、通説と異なる本説の特徴である。

独占禁止法は、市場支配力の形成を阻止し、かつ、公正な競争を阻害する取引方法を禁止することによって、すべての市場参加者の実質的な自由と平等を確保することを内容としている<sup>204)</sup>。大企業などが行使する市場支配力、あるいは取引上の優越的地位（相対的市場力）に対抗して、個人事業主などの中小企業および消費者に対し、独立した自由な取引主体としての経済的自由、「取引の自由」が実質的に確保されなければならないという意味で、「平等」の理念と重なる。

現代の経済社会には、「経済的力を有する者と有せざる者」、あるいは、「実質的な自由を享受する経済主体」と「それらに対して被支配者あるいは弱者と

202) 正田彬 [1990] 21 頁。

203) 従来、正田彬は「個別的従属関係」という表現を用いていたが、正田彬 [1999] 15 頁で初めて「相対的市場力」という表現になっている。取引当事者間の関係を、支配側からみるか、被支配側からみるかの違いであって、実質は変わっていないが、ドイツの競争法で用いられている、「絶対的市場力」と「相対的市場力」の区別に倣って、支配側からの表現にしたものと思われる。ドイツの独占禁止法における上記の「絶対的市場力」と「相対的市場力」という区別については、舟田 [2009c] の各所、例えば、42 頁以下を参照。

204) 正田彬 [1999] 36 頁参照。

しての地位に置かれることによって実質的な自由を侵害される経済主体」が存在する。これら2種類のうち、前者の経済力を規制し、後者の「実質的な自由」の実現を目的とする法制度が、独占禁止法を中心とする経済法であるとされる。

後者のうち特に、「消費者の実質的な平等……および、それと密接に関係する実質的な取引の自由の確保ということが、経済法の基礎となると考えることが必要となる」、と説かれる<sup>205)</sup>。

(3) 経済法という広い概念には、「統制経済型」から「競争秩序維持型」まで含まれるが(序章—2参照)、いずれにあっても、前記引用の「市場支配力による支配を中心とした経済構造とそれにもとづいた社会関係が経済社会をおおう」、という現代経済特有の現象に対する規制という点で共通する。

今日、日本のみならず多くの国で採用されている「競争秩序維持型」の経済法制においては、「市場支配力による支配を中心とした経済構造とそれにもとづいた社会関係」を、「実質的自由・平等」の確保に向けて規制する、という性格がみられる。

すなわち、第一に、「経済法においては、それぞれの経済主体を対等なものとして前提するのではなく、それぞれを国民経済において位置づけられた具体的な経済主体としてとらえることから出発する」<sup>206)</sup>。

第二に、今日の日本においては、「実質的な平等権を基礎においた経済的従属者ないしは経済的弱者の権利の擁護がはかられ、それを実質的な取引の自由の最大限の確保を通して実現するという形での経済法制」、すなわち、「競争秩序維持法制」がとられている。

以上のような正田彬の所説の中で、「実質的な平等権」とか「対等取引権」という用語を、経済的な取引の場面で用いることに対して、やや違和感を持つ者も多いであろう。現実の経済取引において、取引当事者間に力の格差があることは当然であり、平等の要請は、近代市民法における意思の自由、あるいは法的主体として認められるとしても、「実質的な平等」は実際にはあり得ないからである。

しかし、ここで説かれている平等とは、市場支配力または取引上の優越的地

---

205) 正田彬 [1999] 30-31頁。

206) 正田彬 [1990] 13頁以下。

位をもつ者と競争または取引する者に対し、近代市民法で想定されていた、自由かつ平等で、合理的・自律的な個人(=法主体)という取引上の地位を(前述、第1節34)、現代経済における経済法制の中で、「実質的な取引の自由」として確保する、ということである(この「取引の自由」については、次の第3節で憲法上の経済的自由について、また、第4節で、経済法上の概念として検討する)。

以上のように、正田彬の所説には、社会法の理念を経済法の分野に取り込もうとする基本的視点があるといえよう。この基本的視点から、個別具体的な法制度を理解し直し、解釈論に結び付ける作業が行われることになる。以下、その際の特徴的な見方を、具体例として消費者取引を取り上げてみよう<sup>207)</sup>(大企業と中小企業の取引について、正田彬が、中小企業者の団結と、大企業への対抗の法理を説いたことは、前述、本節2(3)参照)。

### 3 社会法・経済法からみた消費者取引

(1) 社会法は、前述のように(本節23)、近代市民法における形式的な意味での、法主体による平等で自由な取引ではなく、それぞれに異なる具体的な人間という実質を捉え、それらの実質に対応した法関係・権利関係を構想する。経済法の場合も、具体的な競争・取引の場における具体的な人間(=消費者)または事業者による競争・取引を実質的にみるという点で、社会法と共通する<sup>208)</sup>。

さらに民法においても、解釈において経済主体の個別的具体的な取引力・交渉力の差を法的に有意なものとして捉えるという点では同じであり、前述のように、消費者契約法が、その立法趣旨につき、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」、と規定したことは、消費者取引

207) 正田彬の所説の点につき、個別の具体的解釈論について概観したものとして、舟田 [2009a] を参照。

先に社会法・経済法について、「技術上の概念としてのその特性は、不明確なままに残されていた」という塩野宏 [1989] の指摘について述べた(本節23(3))。初期の「経済法の社会法的性格」(正田彬 [1972] 所収)などには、この批判が妥当する面もあるが、その後の正田彬 [1980]、正田彬 [1981]、正田彬 [1990] や正田彬 [1999]、また、数多くの論文や判例評釈などにおいて、上記の社会法的観点が個別の理論構成または実定法に則した解釈論の中で具体的に展開されることになる。

208) 舟田 [2009a] 参照。

の実態を法的に評価したものとして当然とはいえ、制定法に明記されたという点で画期的なことであった。

しかし、独占禁止法においては、それにとどまらず、取引力・交渉力の背後にある具体的な取引・競争の実態をみて、そこにおける市場支配力または個別の取引構造（正田彬のいう「相対的市場力」）を解明し、それを踏まえて法規制を及ぼすことになる。例えば、私的独占規制において、違法行為を除去し競争を回復するために、当該行為の禁止だけでは不十分とされる場合には、当該事業者の解体（企業分割等）まで規制することもあり得る。

(2) この現代経済の市場・取引の実態についての基本的認識を踏まえるという視点から、経済法を中心に位置する独占禁止法は、事業者・消費者・労働者の3主体類型を明確に区別することを起点として組み立てられている（労働者については、前述、本節二3(3)等を参照）。この3主体類型は法律の条文からは必ずしも明らかではないが、今日の独占禁止法の解釈論においてはほぼ異論なく受け入れられていることである。

この起点から、3主体類型のうち、特に事業者を規制の名宛人として規制システムが組み立てられ、市場における「公正かつ自由な競争」秩序の維持・形成を図ることによって、一般消費者の利益が確保され、また国民経済の民主的で健全な発達を促進することにつながる、という関連（同法1条参照）が常に念頭におかれるべきものである。

労働者は、市場経済の中では、労働力という商品（サービス）を提供する経済主体であるが、法秩序においては、これを事業者の経済活動とは異なる性格として捉えるべきことは、近代市民法と異なる法原理に立脚する社会法という議論が生起した歴史的理解からも当然である。さらに、社会法としての経済法という正田彬の立場からは、「独占段階における支配構造において、消費者と労働者が同一の主体であること、言い換えれば、労働者である消費者は、生産過程における労働力の提供という面と、消費生活における消費物資の購入の面と、この両面において独占体に対して従属的な地位にある」、という観点が提示される<sup>209)</sup>。

(3) 消費者取引に係るカルテルや、消費者を取引の相手方とする場合の不公

---

209) 正田彬 [1972] 91頁。経済法と労働法の関係については、正田彬 [1964]、正田彬 [1974b] 183頁以下などでも検討されている。



正な取引方法など、消費者が事業者と取引する場面における法の解釈・適用に際しては、消費者が事業者に対し、取引力において、また当該商品・役務等に関する情報の格差という面でも劣位にある、という実態を踏まえて、法関係・権利関係をみなければならない。この点で、独占禁止法においては、消費者法と共通する視点が要請されるのである。

ここで、取引力とは、交渉力と同義であり、取引について交渉する際に、消費者に対し事業者は自己の提案を押し通すことができるという可能性のことである。個別具体的には、消費者も同様に、自己の主張を押し通すこともあるが、一般的には、事業者の側が消費者に対して取引力を有しているといえよう。消費者に対する約款に基づく取引がその典型であるが、約款という形式をもたない取引においても、大企業と消費者の間の取引などにおいて、ほぼ同様の関係がみられるのである。

情報格差については、事業者は特定の商品・役務を扱うプロであるのに対し、消費者は、消費生活のために極めて多種多様な取引を行うアマチュアであり、もともと問題になる商品・役務について情報を的確に収集・理解することには大きな限界がある。「消費者よ、賢くなれ」という要請はあるとしても、現実にはもともと無理なことである、ということ踏まえた立法と解釈が必要である。「自己責任」という言葉が、規制緩和の主張において行われることがあるが、上のような消費者の特性を無視して、抽象的に合理的な取引主体を想定するのであれば、強い疑問がある。

なお、取引力・情報力に格差があるということ自体は、事業者間取引でも実際にしばしば認められることである。事業者は、自分が製造・販売等を行っている商品・役務についてはプロであるが、それ以外の取引では、特に零細企業ないし中小企業の場合は十分な情報をもたず、対等に取引することが困難な場合も少なくない。例えば、優越的地位の濫用に当たるとされた、三井住友銀行(金利スワップ契約)事件(勧告審決平成17・12・26 審決集52巻436頁)は、金融機関の提示した取引(条件)提案に対し、中小企業がそれをやむなく受け入れたという事件である。本件において、中小企業は当該金利スワップ取引が妥当なものか否かに疑いをもちつつ、当該金利スワップ取引に関する客観的な詳細情報と理解力が不足している中で、本体たる融資取引を断られることをおそれて当該行為を受け入れたものである。

(4) また、消費者は「生身の人間」であるから、取引の場においても必ずし

も合理的な選択・判断を行うものではない、という指摘も重要である<sup>210)</sup>。

例えば、射幸心を煽る取引に対し、一部の消費者はそれにのめり込んでしまう弱さをもっているものだという認識が必要である。今日、賭博行為に制限が課されている理由の1つは、一部の人間はそれにはまり込んで生活破綻にまで至ることがある、という客観的事実にあると考えられる。高額な懸賞景品付き販売において、多くの消費者は、当該商品それ自体の価格や品質ではなく、懸賞に当たれば得られる高額な景品に惑わされて選択するであろう。

そうだとすれば、通常の商品取引において、射幸心を煽る宣伝方法・販売方法をとることに一定の限界が設けられるべきであろう。例えば、景品表示法が過大な景品を制限するのは、上の理由からであるし、一定の金融商品や商品先物取引について慎重な取引勧誘が要請されているのも同様の考慮からである。

#### 4 社会法を組み込んだ私法秩序

(1) 正田彬は、先に述べたことを要約して、経済法における「法の理論としては、具体的な社会関係を基礎に置いた権利関係の構成にもとづく捉え方が必要と考えられる」と述べる<sup>211)</sup>。

これは法理論として当然のようにみえるが、経済法・競争法の多くの議論においては、「権利関係の構成にもとづく捉え方」は、独占禁止法違反に関する司法的救済の場面でのみ行われることが多く、これ以外の場面では、競争法とは競争政策を遂行するための法、すなわち「競争政策のための法」であると、特に公正取引委員会の行政運用と法の適用を中心として捉える傾向が強くみられるのである。

すなわち、多くの経済法・競争法の議論においては、「競争法は競争者ではなく競争を保護する」という決まり文句をそのまま受け取って、各市場における競争の実質的制限または競争減殺だけを問題にして、行為者および競争者または取引の相手方という、各関係者の個別の法的位置づけを看過する傾向がある。例外的に、優越的地位の濫用に対する規制については、取引当事者間の関係をみる必要があるが、同規制は独占禁止法の中で特異な性格をも

---

210) 正田彬 [2010] 16頁以下参照。

211) 正田彬 [1999] 18頁その他。

つ、という位置づけがなされることが多い。

正田彬は、これらの傾向に対し、政策と法を明確に区別していない議論であると批判し、経済法も他の法分野と同様に、法主体間の権利関係を基礎にすべきであり、その際には、前記の各経済主体の「実質的な取引の自由」を確保するという観点を基本におくべきだと説く。

(2) 競争法、特に独占禁止法の目的は、競争秩序の維持にあるという言説がしばしば行われている。しかし、正田彬によれば、「競争秩序、ないしは公正かつ自由な競争秩序は、それ自体として法的に評価されるものではない。公正かつ自由な競争秩序の維持が法的に評価されるのは、それによって、法的な価値として評価される、取引主体さらに基本的には生活している人間の権利が擁護されるからにほかならない」<sup>212)</sup>。ここで、「競争秩序は、それ自体として法的に評価されるものではない」という把握は、ドイツにおける競争法の目的についての、「個人保護」説と「制度保護」説の対立に置き換えれば、前者（個人保護説）の立場に立つことを意味している<sup>213)</sup>。

経済法を、「経済社会における具体的な諸関係を前提とした権利構造との関係で捉えられる」ものとみることは、それを私人間の法関係を規律する民商法などの私法の1つとして捉え、ただし、社会法的視点から、現代経済の特有の経済構造、すなわち市場支配力、取引上の力を規制対象とすることに経済法の固有の意味があるとすることになる。これは前記の「私法秩序」ないし「私法社会」を（第1節—1, 三2, 五5）、現代経済特有の経済構造を踏まえて再構築するという考え方に通じるものである（「私法秩序」等については、第4節で再検討する）。

212) 正田彬 [1990] 32 頁。ここで、「取引主体さらに基本的には生活している人間の権利」とは、消費者だけでなく、前述のように経済的支配を受ける経済主体のことであって、具体的には中小企業をも含んでいる。

213) ドイツにおける競争法の目的についての論争については、舟田 [2009c] で詳述した。

## 文献リスト (略語表)

- \* 50音順。矢印(→)の後に、本文で用いた略語(姓名と刊行年)を示した。  
外国名についても、日本名と同様に、姓を先に出し、カンマで区切って、名、という順序にした。

### あ

- 赤坂正浩「法律の一般性とボン基本法19条1項1文」菅野喜八郎古稀『公法の思想と制度』(信山社出版, 1999年) → 赤坂正浩 [1999]
- 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣, 1973年) → 芦部信喜 [1973]
- 芦部信喜『現代人権論』(有斐閣, 1974年) → 芦部信喜 [1974]
- 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣, 1981年) → 芦部信喜 [1981]
- 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣, 1994年) → 芦部信喜 [1994]
- 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)』(有斐閣, 増補版, 2000年) → 芦部信喜 [2000]
- 芦部信喜『憲法』(岩波書店, 第4版, 2007年) → 芦部信喜 [2007]
- 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(岩波書店, 第5版, 2011年)  
→ 芦部信喜 [2011]
- 足立正樹「社会的法治国家構想と社会政策: 西ドイツ社会政策の基本的動向」國民經濟雜誌138巻1号89頁以下(1978年) → 足立正樹 [1978]
- 安彦一恵 = 谷本光男(編)『公共性の哲学を学ぶ人のために』(世界思想社, 2004年)  
→ 安彦一恵 = 谷本光男(編) [2004]
- 阿部源一『社会化発展史論』(同文館出版, 6版, 1971年) → 阿部源一 [1971]
- アーベントロート, ヴォルフガング(村上淳一訳)『西ドイツの憲法と政治』(東京大学出版会, 1971年) → アーベントロート [1971]
- 雨宮昭彦『競争秩序のポリティクス——ドイツ経済政策思想の源流』(東京大学出版会, 2005年) → 雨宮昭彦 [2005]
- 有森 隆『日本企業モラルハザード史』(文藝春秋, 2003年) → 有森隆 [2003]
- アレント, ハンナ(志水速雄訳)『人間の条件』(ちくま学芸文庫, 第2版, 1994年)  
→ アレント, H. [1994]
- 安念潤司「演習 憲法」法学教室293号132頁以下(2005年) → 安念潤司 [2005]
- 安念潤司「国家 vs 市場」ジュリスト1334号86頁以下(2007年)  
→ 安念潤司 [2007]

- 飯田恭雄「産業政策と経済法」日本経済法学会(編)『経済法講座第1巻 経済法の理論と展開』(三省堂, 2002年)104頁以下 → 飯田恭雄 [2002]
- 五十嵐清「ボン基本法と契約の自由」同『比較民法学の諸問題』(一粒社, 1976年)55頁以下 → 五十嵐清 [1976]
- 池田政章「職業選択の自由」芦部信喜ほか(編)『演習憲法』(青林書院新社, 1973年)295頁以下 → 池田政章 [1973]
- 池田政章「職業選択の自由」芦部信喜ほか(編)『演習憲法』(青林書院, 1984年)292頁以下 → 池田政章 [1984]
- 石川健治「財産権条項の射程距離とその位相(1)」国家学会雑誌105巻3・4号166頁以下(1992年) → 石川健治 [1992]
- 石川健治「第3章 自分のことは自分で決める」樋口陽一(編)『ホーンブック憲法』(北樹出版, 1993年)124頁以下 → 石川健治 [1993]
- 石川健治「営業の自由とその規制」『憲法の争点』(有斐閣, 第3版, 1999年)128頁以下 → 石川健治 [1999]
- 石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」LS憲法研究会(編)『プロセス演習憲法』(信山社出版, 第2版, 2005年) → 石川健治 [2005]
- 石川健治「薬局開設の距離制限」『憲法判例百選1』(有斐閣, 第5版, 2007年)206頁以下 → 石川健治 [2007a]
- 石川健治『自由と特権の距離』(日本評論社, 増補版, 2007年) → 石川健治 [2007b]
- 石川健治「『基本的人権』の主観性と客観性」『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(岩波書店, 2007年)3頁以下 → 石川健治 [2007c]
- 石川健治「契約の自由」『憲法の争点』(有斐閣, 2008年)148頁以下 → 石川健治 [2008a]
- 石川健治「営業の自由とその規制」『憲法の争点』(有斐閣, 2008年)276頁以下 → 石川健治 [2008b]
- 石川健治「憲法の解釈(第14回)30年越しの問い」法学教室332号58頁以下(2008年) → 石川健治 [2008c]
- 磯部 力「行政主体の経済活動(経済と行政)」公法研究44号237頁以下(1982年) → 磯部力 [1982]
- 磯部 力「公企業」『岩波講座 基本法学 7 企業』(岩波書店, 1983年) → 磯部力 [1983]
- 伊藤孝夫「ニューディール憲法革命再考」法学論叢158巻4号1頁以下(2006年) → 伊藤孝夫 [2006]
- 伊藤孝夫「ニューディール・ロイヤーズの肖像」法学論叢160巻3・4号169頁以下

(2007年) → 伊藤孝夫 [2007]

伊藤孝夫「20世紀前半のドイツ・カルテル法」法学論叢 164巻1-6号 304頁以下

(2009年) → 伊藤孝夫 [2009]

伊藤孝夫「経済・知的財産法制」山中永之佑 = 中尾敏充 = 伊藤孝夫 = 藤原明久 (編) 『日本現代法史論』(法律文化社, 2010年) 226頁以下 → 伊藤孝夫 [2010]

伊藤正己「イギリスにおける社会法の理念」法律時報 30巻4号 27頁以下 (1958年) → 伊藤正己 [1958]

伊藤正己「現代における自由」『岩波講座 現代法 2 現代法と国家』(岩波書店, 1965年) 42頁以下 → 伊藤正己 [1965]

伊藤正己「会社の基本権—序論的考察」石井照久追悼『商事法の諸問題』1頁以下 (有斐閣, 1974年) → 伊藤正己 [1974]

稲本洋之助「フランス革命と『営業の自由』」高柳信一 = 藤田勇 (編) 『資本主義法の形成と展開 1』(東京大学出版会, 1972年) 179頁以下 → 稲本洋之助 [1972]

稲本洋之助「1789年の『人および市民の権利の宣言』」東京大学社会科学研究所 (編) 『基本的人権 3 歴史Ⅱ』(東京大学出版会, 1968年) 87頁以下

→ 稲本洋之助 [1968]

井上 孝「経済体制」大西健夫 (編) 『現代のドイツ』(三修社, 1981年)

→ 井上孝 [1981]

井上達夫「自由をめぐる知的状況—法哲学の立場から」ジュリスト 972号 21頁以下 (1991年) → 井上達夫 [1991]

井上達夫『法という企て』(東京大学出版会, 2003年) → 井上達夫 [2003]

井上典之「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性—経済活動に対する規制と比例原則」季刊企業と法創造 7巻5号 (2011年) 37頁 → 井上典之 [2011]

猪木武徳『戦後の世界経済史』(中公新書, 2009年) → 猪木武徳 [2009]

今井賢一 = 宇沢弘文 = 小宮隆太郎 = 根岸隆 = 村上泰亮『価格理論 I』(岩波書店, 1971年) → 今井賢一ほか [1971]

今村成和『損失補償制度の研究』(有斐閣, 1968年) → 今村成和 [1968]

今村成和『『営業の自由』と憲法及び独占禁止法』今村成和 [1980] 141頁以下 (初出は, 公正取引 236号 20頁以下 (1970年)) → 今村成和 [1970]

今村成和『『営業の自由』の公権的規制』今村成和 [1972] 89頁以下 (初出は, ジュリスト 460号 40頁以下 (1971年)) → 今村成和 [1971]

今村成和『現代の行政と行政法の理論』(有斐閣, 1972年) → 今村成和 [1972]

今村成和『『営業の自由』—その解釈論的考察』今村成和 [1980] 156頁以下 (初出は, 社会科学の方法 56号 (1974年)) → 今村成和 [1974]

今村成和『人権叢説』(有斐閣, 1980年) → 今村成和 [1980]

今村成和 (畠山武道補訂) 『行政法入門』 (有斐閣, 第9版, 2012年)

→ 今村成和 [2012]

岩井克人 『会社はだれのものか』 (平凡社, 2005年) → 岩井克人 [2005]

ヴァイヤース, ハンス・レオ (村上淳一訳) 「私法における配分的正義と公共的利益の諸問題」 法学協会雑誌 101 巻 8号 1137 頁以下 (1984年)

→ ヴァイヤース, ハンス・レオ [1984]

ウィルソン, グラハム・K. 「合衆国には何故コーポラティズムがないのか」

シュミッター=レームブルッフ (編) [1986] 223 頁以下

→ ウィルソン, グラハム・K. [1986]

植草 益 『公的規制の経済学』 (筑摩書房, 1991年) → 植草益 [1991]

植草 益 (編) 『社会的規制の経済学』 (NTT 出版, 1997年)

→ 植草益 (編) [1997]

上杉秋則 = 栗田誠 = 舟橋和幸 = 山本和史 『21 世紀の競争政策』 (東京布井出版, 2000年) → 上杉秋則ほか [2000]

鵜飼信成 『憲法』 (岩波全書, 1956年) → 鵜飼信成 [1956]

鵜飼信成 「アメリカにおける社会法の発達」 法律時報 30 巻 4号 31 頁以下 (1958年)

→ 鵜飼信成 [1958]

鵜飼信成 『司法審査と人権の法理』 (有斐閣, 1984年) → 鵜飼信成 [1984]

宇佐見誠 (編) 『法学と経済学のあいだ』 (勁草書房, 2010年)

→ 宇佐見誠 (編) [2010]

内野正幸 『社会権の歴史的展開—労働権を中心にして』 (信山社出版, 1992年)

→ 内野正幸 [1992]

内海博文 「経済と社会・再考—社会法をてがかりにして」 関西学院大学先端社会研究所紀要 1号 85 頁以下 (2009年) → 内海博文 [2009]

馬川千里 「経済活動の自由と競争政策—判例理論の序論的考察」 法学研究 (慶應大学) 65 巻 12号 243 頁以下 (1992年) → 馬川千里 [1992]

馬川千里 「経済的自由と『公共の福祉』論—酒販免許制合憲判決の検討」 駿河台法学 7 巻 1号 59 頁以下 (1993年) → 馬川千里 [1993]

馬川千里 「規制緩和と憲法の経済活動の自由」 駿河台法学 8 巻 1号 1 頁以下 (1994年) → 馬川千里 [1994]

馬川千里 「政府規制の緩和と消費者の利益—経済的規制と社会的規制の考察」 駿河台法学 10 巻 1号 39 頁以下 (1996年) → 馬川千里 [1996]

馬川千里 「憲法と経済活動の自由」 駿河台法学 16 巻 2号 3 頁以下 (2003年)

→ 馬川千里 [2003]

馬川千里 「経済的自由の違憲審査基準論—『競争重視』への一大転換」 駿河台法

- 学 24 卷 1・2 号 7 頁以下 (2010 年) → 馬川千里 [2010]
- 浦部法穂「独占規制の歴史的検討——アメリカを中心として」法律時報 44 卷 2 号 15 頁以下 (1972 年) → 浦部法穂 [1972a]
- 浦部法穂「アメリカの独占資本と最高裁(1) (2 完)」国家学会雑誌 84 卷 11・12 号 1 頁以下, 85 卷 1・2 号 59 頁以下 (1972 年) → 浦部法穂 [1972b]
- 浦部法穂「営業の自由と輸入制限」ジュリスト 829 号 11 頁以下 (1985 年) → 浦部法穂 [1985]
- 浦部法穂「財産権制限の法理」公法研究 51 号 90 頁以下 (1989 年) → 浦部法穂 [1989]
- 浦部法穂「営業の自由」ジュリスト 1085 号 239 頁以下 (1996 年) → 浦部法穂 [1996]
- 江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣, 第三版, 2009 年) → 江頭憲治郎 [2009]
- 江口典典「わが国における社会法論の展開と方法的基礎」九大法学 36 号 129 頁以下 (1978 年) → 江口典典 [1978]
- 海老原明夫「社会国家論の歴史的系譜」法社会学 46 号 265 頁以下 (1994 年) → 海老原明夫 [1994]
- 遠藤博也『行政過程論・計画行政法 行政法研究Ⅱ (遠藤博也著作集 2)』(信山社出版, 2011 年) → 遠藤博也 [2011]
- オイケン, ワルター (大泉行雄訳)『国民経済学の基礎』(勁草書房, 1958 年), Eucken, Walter, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl. (1950) → オイケン [1958]
- オイケン, ワルター (大野忠男訳)『経済政策原理』(勁草書房, 1967 年), Eucken, Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 4. Aufl. (1968) → オイケン [1967]
- 大沢真理 = 齋藤純一 = 武智秀之 = 埋橋孝文 = 宮本太郎 (編)『講座・福祉国家のゆくえ』(ミネルヴァ書房, 2002~2004 年) 1 巻~5 巻 → 大沢真理ほか (編) [2002-2004]
- 大須賀明 (編)『国家の法的関与と自由』(早稲田大学比較法研究所, 2001 年) → 大須賀明 (編) [2001]
- 大隅健一郎『商法総則』(法律学全集, 有斐閣, 1957 年) → 大隅健一郎 [1957]
- 大西健夫 (編)『ドイツの経済—社会的市場経済の構造』(早稲田出版会, 1992 年) → 大西健夫 (編) [1992]
- 大野忠男「福祉と公正——福祉国家についての省察」大阪大学経済学 26 卷 1・2 号 137 頁以下 (1976 年) → 大野忠男 [1976] (次の大野忠男 [1994] 170 頁以下に所収。引用は後者による)
- 大野忠男『自由・公正・市場——経済思想史論考』(創文社, 1994 年)



- 大野忠男 [1994]
- 大村敦志『公序良俗と契約正義—契約法研究(1)』(有斐閣, 1995年)
- 大村敦志 [1995]
- 大村敦志『生活民法研究1 契約法から消費者法へ』(東京大学出版会, 1999年)
- 大村敦志 [1999]
- 大村須賀男「契約自由の原則の再構成について(一~四完)」民商法雑誌88巻2号2頁, 同3号1頁, 同4号1頁, 同5号26頁(1983年) → 大村須賀男 [1983]
- 岡田健一郎「日本公法学における『警察』についてのメモ—経済的自由規制目的二分論を出発点として」一橋法学7巻2号195頁以下(2008年)
- 岡田健一郎 [2008]
- 岡田与好『独占と営業の自由』(木鐸社, 1975年)(その重要部分は, 後者にも所収)
- 岡田与好 [1975]
- 岡田与好『経済的自由主義』(東京大学出版会, 1987年) → 岡田与好 [1987]
- 岡田羊祐 = 林 秀弥(編)『独占禁止法の経済学』(東京大学出版会, 2009年)
- 岡田羊祐 = 林秀弥(編) [2009]
- 尾形 健「『生活への権利』はいかなる意味で権利か」長谷部恭男(編)『講座人権論の再定位3 人権の射程』(法律文化社, 2010年)243頁以下 → 尾形健 [2010]
- 雄川一郎ほか「座談会: 営業制限立法の問題点—薬事法違憲判決を契機として」ジュリスト592号36頁以下(1975年) → 雄川一郎ほか [1975]
- 奥平康弘「ドイツの『基本権』観念—その成立にかんする若干の考察」前掲『基本的人権3』143頁以下 → 奥平康弘 [1968]
- 奥村 宏『法人資本主義の構造—日本の株式所有』(日本評論社, 1975年)
- 奥村宏 [1975]
- 奥村 宏『法人資本主義』(朝日文庫, 朝日新聞出版, 改訂版, 1991年)
- 奥村宏 [1991]
- 押久保倫男「職業の自由と私法関係—代理商決定」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの最新憲法判例』(信山社出版, 1999年)242頁以下
- 押久保倫男 [1999]
- 尾吹善人「競争制限と公共の福祉」『法学セミナー法学全集 憲法I』(日本評論社, 改訂版, 1975年)189頁以下 → 尾吹善人 [1975]
- か
- 戒能通厚「イギリス市民革命と法」高柳 = 藤田(編)・前掲『資本主義法の形成と展開1』107頁以下 → 戒能通厚 [1972]

戒能通孝「市民法と社会法」法律時報30巻4号4頁以下(1958年。本論文は『戒能通孝著作集 第7巻』に収録されているが、引用は初出の雑誌論文で示す)

→ 戒能通孝 [1958]

角瀬保雄(編)『大競争時代と規制緩和』(新日本出版, 1998年) → 角瀬保雄(編) [1998]

覚道豊治「薬局開設拒否事件」『ドイツ判例百選』66頁以下(有斐閣, 1969年)

→ 覚道豊治 [1969]

覚道豊治「薬事法による薬局の配置規制と憲法22条1項」民商法雑誌74巻2号121頁以下(1978年) → 覚道豊治 [1978]

影山日出弥「社会的法治国家論序説(一)」愛知大学・法経論集34号235頁以下(1961年) → 影山日出弥 [1961a]

影山日出弥「社会的法治国家論序説(二)」愛知大学・法経論集36号117頁以下(1961年) → 影山日出弥 [1961b]

影山日出弥「ヴァイマル憲法における『社会権』」前掲『基本的人権3』185頁以下 → 影山日出弥 [1968]

影山日出弥「財産権」法律時報41巻5号89頁以下(1969年)

→ 影山日出弥 [1969]

影山日出弥「社会的法治国家の憲法的意味」『法学教室(第2期)』1巻24頁(有斐閣, 1974年) → 影山日出弥 [1974]

加古祐二郎『近代法の基礎構造』(日本評論社, 1964年) → 加古祐二郎 [1964]

片岡昇「社会法の展開と現代法」『岩波講座 現代法1 現代法の展開』(岩波書店, 1965年)120頁以下 → 片岡昇 [1965]

加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」『岩波講座 現代法15 現代法学の方法』(岩波書店, 1966年) → 加藤一郎 [1966]

加藤俊彦「経済統制法と財産権」東京大学社会科学研究所(編)『基本的人権2 歴史II』173頁以下(東京大学出版会, 1968年) → 加藤俊彦 [1968]

加藤雅信『新民法大系 民法総則』(有斐閣, 2002年) → 加藤雅信 [2002]

加藤雅信「民法・独占禁止法と『私益論』・『公益論』」日本経済法学会年報27号73頁以下(2006年) → 加藤雅信 [2006]

金井貴嗣「現代における競争秩序と法」『現代経済法講座1 現代経済社会と法』(三省堂, 1990年)89頁以下 → 金井貴嗣 [1990]

金澤良雄=今村成和『経済法・独占禁止法』(法律学全集, 有斐閣, 改訂版, 1967年)46頁以下 → 金澤良雄 [1967]

金澤良雄『経済法〔新版〕』(有斐閣, 1980年) → 金澤良雄 [1980]

金澤良雄『経済法の史的考察』(有斐閣, 1985年) → 金澤良雄 [1985]

- 金子 晃「西ドイツの社会的市場経済」峯村光郎選譯『法哲学と社会法の理論』(有斐閣, 1972年) 521頁以下 → 金子晃 [1972]
- 金子 晃「独占禁止法制の歴史」日本経済法学会(編)『独占禁止法講座Ⅰ 総論』(商事法務研究会, 1974年) → 金子晃 [1974]
- ガネル, ジョン・G. (中谷義和訳)「アメリカ『多元主義』の系譜—マディソンから行動論まで」立命館法学 1995年2号(240号) → ガネル, ジョン・G. [1995]
- ガルブレイス, ジョン K. (都留重人監訳)『新しい産業国家』(河出書房新社, 1968年) → ガルブレイス [1968]
- 川島武宜「営団の性格について」法律時報 13巻9号 107頁以下 (1941年) → 川島武宜 [1941]
- 川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店, 1949年) → 川島武宜 [1949]
- 川島武宜『近代社会と法』(岩波書店, 1959年) → 川島武宜 [1959]
- 川瀆 昇「法と経済学」田中成明(編)『現代理論法学入門』178頁以下(現代法双書, 法律文化社, 1993年) → 川瀆昇 [1993]
- 川瀆 昇「『法と経済学』と法解釈の関係について——批判的検討(一～四完)」民商法雑誌 108巻6号, 109巻1号～3号(1993～1994年) → 川瀆昇 [1993-1994]
- 川瀆 昇「独占禁止法と私法取引」ジュリスト 1095号 170頁以下(1996年) → 川瀆昇 [1996]
- 川瀆 昇「『競争の実質的制限』と市場支配力」正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』(三省堂, 1999年) 112～136頁 → 川瀆昇 [1999a]
- 川瀆 昇「法と経済学の可能性と限界」井上達夫ほか(編)『法の限界Ⅱ 秩序像の転換』(東京大学出版会, 1999年) → 川瀆昇 [1999b]
- 川瀆 昇「独禁法の経済学」日本経済法学会(編)『独禁法の理論と展開(1)』(三省堂, 2002年) → 川瀆昇 [2002]
- 川瀆 昇「『法と経済学』の行方」法律時報 75巻1号 43頁以下(2003年) → 川瀆昇 [2003a]
- 川瀆 昇「アメリカ反トラスト法の歴史と社会的役割」法学セミナー 585号 30頁以下(2003年) → 川瀆昇 [2003b]
- 川瀆 昇「取引の自由と契約の自由」田中成明(編)『現代法の展望—自己決定の諸相』(有斐閣, 2004年) 51頁以下 → 川瀆昇 [2004]
- 川瀆 昇「独禁法における『法と経済学』」国際経済法学会年報 15号 100頁以下(2006年) → 川瀆昇 [2006]
- 川瀆 昇「市場秩序法としての独禁法(一～三完)」民商法雑誌 139巻3号 265頁以下, 同4・5号 439頁以下, 同6号 581頁以下(2008年) → 川瀆昇 [2008]
- 川瀆 昇「市場をめぐる法と政策——競争法の観点から」新世代法政策学研究・創

- 刊号 65 頁以下 (2009 年) → 川瀨昇 [2009a]
- 川瀨 昇「独占禁止法は誰の利益を保護するのか？」森本滋還暦『企業法の課題と展望』550 頁以下 (商事法務, 2009 年) → 川瀨昇 [2009b]
- 川瀨 昇「セブン-イレブン・ジャパン優越的地位の濫用事件」『平成 21 年度重要判例解説』287 頁以下 (有斐閣, 2010 年) → 川瀨昇 [2010]
- 川瀨 昇「知的財産と独占禁止法」日本経済法学会年報 32 号 1 頁以下 (2011 年) → 川瀨昇 [2011]
- 川瀨 昇「行動経済学の規範的意義」平野仁彦 = 亀本洋 = 川瀨昇 (編)『現代法の変容 = Transformation in the Contemporary Law』(有斐閣, 2013 年) → 川瀨昇 [2013]
- 河原 宏「ヘルマン・ヘラーの『社会的法治国家』」理想 302 号 69 頁以下 (1968 年) → 河原宏 [1968]
- 菊池勇夫『社会法の基本問題』(有斐閣, 1968 年) → 菊池勇夫 [1968]
- 来生 新『産業経済法』(ぎょうせい, 1996 年) → 来生新 [1996]
- 来生 新「独占禁止法の 56 年—その 3」厚谷襄兒古稀『競争法の現代的諸相 (上)』(信山社出版, 2005 年) 83 頁以下 → 来生新 [2005]
- 紀藤信義『イギリス初期独占の研究』(お茶の水書房, 新版, 1977 年) → 紀藤信義 [1977]
- 木下 毅『アメリカ公法』(有斐閣, 1993 年) → 木下毅 [1993]
- 工藤達郎「医療類似行為の禁止」『憲法判例百選』200 頁以下 (有斐閣, 第 5 版, 2007 年) → 工藤達郎 [2007]
- 久保田正志「規制改革の経緯と今後の展望」立法と調査 299 号 3 頁以下 (2009 年) → 久保田正志 [2009]
- 栗城壽夫「ドイツ国法理論における法律の概念について」九州大学・法政研究 26 巻 3 号 319 頁以下 (1960 年) → 栗城壽夫 [1960]
- 栗城壽夫「18 世紀ドイツ国法論における二元主義的傾向」大阪市大・法学雑誌 10 巻 4 号 1 頁以下 (1964 年), 22 巻 4 号 529 頁以下 (1976 年), 24 巻 1 号 1 頁以下 (1977 年) → 栗城壽夫 [1964-1977]
- 栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究 38 号 76 頁以下 (1976 年) → 栗城壽夫 [1976]
- 栗城壽夫「ドイツにおける『国家と社会の分離』をめぐる議論について」社会科学の方法 138 号 10 頁以下 (1980 年) → 栗城壽夫 [1980a]
- 栗城壽夫「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」公法研究 42 号 1 頁以下 (1980 年) → 栗城壽夫 [1980b]
- 栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社出版, 1997 年)

- 栗城壽夫 [1997]
- 公正取引委員会事務総局編『独占禁止政策五十年史(上巻)』(1997年)
- 公取委事務総局編(上巻) [1997]
- 國分典子「民事裁判所による保証契約の内容統制と基本権規定の私人間効力——連帯保証決定」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの最新憲法判例』(信山社出版, 1999年) 306頁以下 → 國分典子 [1999]
- 小島和司「営業の自由」法学教室9号6頁以下(1981年) → 小島和司 [1981]
- 小島慎司「制度と人権」長谷部(編)・前掲『講座人権論の再定位3』
- 小島慎司 [2010]
- 小島康裕『大企業社会の法秩序』(勁草書房, 1981年) → 小島康裕 [1981]
- 古城 誠「規制緩和論とアメリカ行政法——規制の失敗と裁判所の役割」アメリカ法(1986-2) 273頁以下 → 古城誠 [1986]
- 古城 誠「パターンリズムと政府規制」法学教室101号58頁以下(1989年)
- 古城誠 [1989]
- 古城 誠「経済的規制と社会的規制」季刊行政管理研究69号3月号4頁以下(1995年) → 古城誠 [1995]
- 古城 誠「公的規制と法」『岩波講座 現代の法8—政府と企業』103頁以下(岩波書店, 1997年) → 古城誠 [1997]
- 古城 誠「公的規制と市場原理」公法研究60号109頁以下(1998年)
- 古城誠 [1998]
- 小谷真理・新・判例解説 [TKC ローライブラリー] 行政法 No.131 (2013年)
- 小谷真理 [2013]
- 小西唯雄『反独占政策と有効競争』(有斐閣, 1967年) → 小西唯雄 [1967]
- 小早川光郎『行政法 上』(弘文堂, 1999年) → 小早川光郎 [1999]
- 小林 勝『ドイツ社会民主党の社会化論』(お茶の水書房, 2008年)
- 小林勝 [2008]
- 小山 剛「基本権の内容形成—概念と類型」樋口陽一=上村貞美=戸波江二(編)『日独憲法学の創造力 上巻』(信山社出版, 2003年) 153頁以下
- 小山剛 [2003]
- 小山 剛『基本権の内容形成』(尚学社, 2004年) → 小山剛 [2004]
- 小山 剛「権利の保障と制度の保障」小山剛=駒村圭吾(編)『論点探究憲法』(弘文堂, 2005年) → 小山剛 [2005]
- 小山 剛「制度と人権」前掲『岩波講座 憲法2』49頁以下 → 小山剛 [2007]
- 小山 剛「憲法は私法をどこまで縛るのか—憲法の優位と私法の独自性」新世代法政策学研究11号23頁以下(2011年) → 小山剛 [2011]

- 小山正善「西ドイツにおける措置法論争の概観(1)(2)」阪大法学 115号 45頁以下、  
120号 73頁以下 (1980年, 1981年) → 小山正善 [1980-81]
- 小山正善「法律の『一般性』に関する一考察」山口経済学雑誌 32巻 3・4号 73頁以下  
(1983年) → 小山正善 [1983]
- 近藤正基『現代ドイツ福祉国家の政治経済学』(ミネルヴァ書房, 2009年)  
→ 近藤正基 [2009]
- 近藤充代「カルテルによる力の濫用とその規制—ワイマール・ドイツのカルテル令9  
条論」東京都立大学法学会雑誌 29巻 1号 265頁以下 (1988年)  
→ 近藤充代 [1988]
- 今野健一「P・ローザンヴァロンの福祉国家論——福祉国家の再構成の視座を得る  
ために」山形大学法政論叢 19号 103頁以下 (2000年) → 今野健一 [2000]

## さ

- 阪口正二郎「アメリカ憲法学とニューディール思考」樋口陽一ほか [2004] 15頁以下  
→ 阪口正二郎 [2004]
- 坂本延夫「私経済力と私法体系」田中誠二ほか [1978] 35頁以下  
→ 坂本延夫 [1978]
- 阪本昌成「憲法上の経済的自由との関係」『経済法判例・審決百選』276頁以下 (有  
斐閣, 2010年) → 阪本昌成 [2010]
- 櫻井敬子 = 橋本博之『現代行政法』(有斐閣, 第2版, 2006年)  
→ 櫻井敬子 = 橋本博之 [2006]
- 佐藤幸治「法における新しい人間像」『岩波講座 基本法学 1—人』(岩波書店, 1983  
年) 281頁以下 → 佐藤幸治 [1983]
- 佐藤春吉「H. アーレントと公共空間の思想—J. ハーバーマスの視点を交えて」山口  
定 = 佐藤春吉 = 中島茂樹 = 小関素明 (編)『新しい公共性』(有斐閣, 2003年) 30  
頁以下 → 佐藤春吉 [2003]
- 実方謙二「新シャーマン法と有効競争の理論」商学討究 14巻 4号 93頁以下 (1964  
年) → 実方謙二 [1964]
- 実方謙二「反トラスト法と有効競争の理論 (上) (下) ——反トラスト法における経  
済的基準」公正取引 188号 4頁以下, 189号 9頁以下 (1966年)  
→ 実方謙二 [1966]
- 実方謙二「企業活動に対する法規制の日本の特長」北大法学論集 46巻 2号 114頁以下  
(1995年) → 実方謙二 [1995] [http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/bitstream/2115/15614/1/46\(2\)\\_p114-129.pdf](http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/bitstream/2115/15614/1/46(2)_p114-129.pdf)
- 沢田克己「規制緩和と経済法」前掲『経済法講座 I』146頁以下 → 沢田克己

[2002]

- 塩野 宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣, 1962年)  
 → 塩野宏 [1962]
- 塩野 宏『公法と私法』(有斐閣, 1989年) → 塩野宏 [1989]
- 塩野 宏(監修)『日本銀行の法的性格—新日銀法を踏まえて』(弘文堂, 2001年)  
 → 塩野宏(監修) [2001]
- 潮見佳男 = 森田宏樹 = 山本敬三(編)『特別法と民法法理』(有斐閣, 2006年)  
 → 潮見佳男 = 森田宏樹 = 山本敬三(編) [2006]
- 塩見佳也「カール・シュミットの公法学における『サヴィニーの実証主義』」九大法  
 学 76 卷 3 号 303 頁以下 (2009年) → 塩見佳也 [2009]
- 渋谷秀樹『憲法』(有斐閣, 第2版, 2013年) → 渋谷秀樹 [2013]
- 清水 潤「ロックナー期憲法判例における『残余としての自由』」一橋法学 10 卷 1  
 号 183 頁以下 (2011年) → 清水潤 [2011]
- 下山瑛二『人権の歴史と展望』(法律文化社, 1972年) → 下山瑛二 [1972]
- 社会的規制研究会(編)『これからの社会的規制』(通商産業調査会, 1996年)  
 → 社会的規制研究会(編) [1996]
- 初宿正典『憲法 2 基本権』(成文堂, 第3版, 2010年) → 初宿正典 [2010]
- シュテルン, クラウス(小山剛訳)「過度の侵害禁止(比例原則)と衡量命令(1)(2)」  
 名城法学 44 卷 2 号 153 頁以下, 同 3 号 125 頁以下 (1994年・1995年)  
 → シュテルン [1994-1995]
- シュテルン, クラウス(棟居快行 = 井上典之 = 鈴木秀美 = 宮地基訳)『シュテルン  
 ドイツ憲法〈2〉基本権編』(信山社出版, 2009年) → シュテルン [2009]
- 首藤重幸「経済規制と行政介入」『行政法の争点』(有斐閣, 第3版, 2004年) 244  
 頁以下 → 首藤重幸 [2004]
- シュミッター, P. C. = レームブルッフ, G. (編)(山口定ほか訳)『現代コーポラテ  
 イズム I, II』(木鐸社, 1986年)  
 → シュミッター = レームブルッフ(編) [1986]
- シュミット, カール(尾吹義人訳)『憲法理論』(創文社, 1972年)  
 → シュミット, C. [1972]
- シュルプター, W. (今井弘道訳)『社会的法治国家への決断—H. ヘラー: ヴァイマ  
 ール国家論論争と社会学 (W. シュルプター著作集(1))』(風行社, 1991年)  
 → シュルプター [1991] 序文 PDF
- 正田 彬「労働法と経済法の関係についての試論」日本労働法学会誌 24 号 92 頁以  
 下 (1964年) → 正田彬 [1964]
- 正田 彬 = 富山康吉『法と経済』(法律文化社, 1970年)

- 正田彬 = 富山康吉 [1970]
- 正田 彬『経済法の性格と展開』(日本評論社, 1972年) → 正田彬 [1972]
- 正田 彬『現代経済と市民の権利』(成文堂, 1974年) → 正田彬 [1974a]
- 正田 彬「経済法と労働法」沼田稲次郎還暦(上巻)『現代法学と労働法学の課題』(総合労働研究所, 1974年) 183頁以下 → 正田彬 [1974b]
- 正田 彬『独占禁止法研究 I, II』(同文館, 1976年)
- 正田彬 [1976 I または II]
- 正田 彬『経済法』(日本評論社, 第3版, 1979年) → 正田彬 [1979]
- 正田 彬『全訂 独占禁止法 I』(日本評論社, 1980年) → 正田彬 [1980]
- 正田 彬『全訂 独占禁止法 II』(日本評論社, 1981年) → 正田彬 [1981]
- 正田 彬「現代経済法の課題」前掲『現代経済法講座 1』3頁以下
- 正田彬 [1990]
- 正田 彬『経済法講義』(日本評論社, 1999年) → 正田彬 [1999]
- 正田 彬『消費者の権利』(岩波新書, 新版, 2010年) → 正田彬 [2010]
- 正田彬還暦『国際化時代の独占禁止法の課題』(日本評論社, 1993年)
- 正田彬還暦 [1993]
- 正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』(三省堂, 1999年)
- 正田彬古稀 [1999]
- スティグラー, ジョージ・J. (余語将尊 = 宇佐見泰生訳)『小さな政府の経済学』(東洋経済新報社, 1983年) → スティグラー, J. [1983]
- 清野幾久子「郵便貯金目減り訴訟」『消費者取引判例百選』202頁以下(有斐閣, 1995年) → 清野幾久子 [1995]

た

- 高木 光「比例原則の実定化」芦部信喜古稀『現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣, 1993年) 228頁以下 → 高木光 [1993]
- 高倉史人「商事・産業法制」山中永之佑(編) [2002] 271頁以下
- 高倉史人 [2002]
- 高倉史人「商事法制」山中永之佑ほか(編) [2010] 215頁以下
- 高倉史人 [2010]
- 鷹巢信孝「職業選択の自由・営業の自由・財産権の自由の区別・連関性(1~4完)」佐賀大学経済論集 32巻2号(1997年)~5号(2000年)
- 鷹巢信孝 [1997-2000]
- 高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』(三省堂, 1997年)
- 高橋岩和 [1997]



- 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣, 2005年) → 高橋和之 [2005]
- 高橋幸八郎「営業の自由—その成立の歴史的條件」東京大学社会科学研究所(編)『基本的人権 5 各論 2』(東京大学出版会, 1969年) 126頁以下  
→ 高橋幸八郎 [1969]
- 高橋正俊「財産権不可侵の意義(一~二完)」香川法学 4 卷 3 号 558 頁以下(1985年), 5 卷 4 号 507 頁以下(1986年) → 高橋正俊 [1985-1986]
- 高橋正俊「財産権保障の意味」『憲法の争点』(有斐閣, 2008年) 152 頁以下  
→ 高橋正俊 [2008]
- 高橋良彰「財産法制」山中永之佑ほか(編) [2010年] → 高橋良彰 [2010]
- 高原賢治『財産権と損失補償』(有斐閣, 1978年) → 高原賢治 [1978]
- 滝澤紗矢子『競争機会の確保をめぐる法構造—Standard Oil Co. of California and Standard Stations, Inc. v. United States のアメリカ判例史上における位置づけを手がかりとして』(有斐閣, 2009年) → 滝澤紗矢子 [2009]
- 武川正吾『政策志向の社会学—福祉国家と市民社会』(有斐閣, 2012年)  
→ 武川正吾 [2012]
- 田代洋一 = 萩原伸次郎 = 金澤史男(編)『現代の経済政策』(有斐閣, 第4版, 2011年) → 田代洋一ほか(編) [2011]
- 田中二郎『新版行政法 下巻』(弘文堂, 全訂第2版, 1983年)  
→ 田中二郎 [1983]
- 田中誠二 = 久保欣哉 = 福岡博之 = 坂本延夫『会社法学の新傾向とその評価』(千倉書房, 1978年) → 田中誠二ほか [1978]
- 田中英夫『英米法総論(上)』(東京大学出版会, 1980) → 田中英夫 [1980]
- 田中英夫「私有財産権の保障規定としての Due Process Clause の成立」『英米法研究 2 デュー・プロセス』(東京大学出版会, 1987年) 3 頁以下(初出は1955年)  
→ 田中英夫 [1987]
- 田中真晴(編著)『自由主義経済思想の比較研究』(名古屋大学出版会, 1997年)  
→ 田中真晴(編著) [1997]
- 谷口陽一「労働差止命令—ニューディール以前におけるアメリカ労働法の形成過程」創価大学大学院紀要 31 号 85 頁以下(2009年) → 谷口陽一 [2009]
- 谷原修身「アメリカ合衆国における連邦主義と反トラスト法」一橋論叢 95 卷 2 号 163 頁以下(1986年) → 谷原修身 [1986]
- 谷原修身『独占禁止法の史的展開論』(信山社, 1997年) → 谷原修身 [1997]
- ダール, ロバート (Robert Alan Dahl) (河村望 = 高橋和宏訳)『統治するのはだれか—アメリカの大都市における民主主義と権力』(行人社, 1988年)  
→ ダール, R. [1988]

- 玉井克哉「法律の『一般性』について」芦部信喜古稀・前掲『現代立憲主義の展開 (下)』383頁以下 → 玉井克哉 [1993]
- 丹宗昭信「ドイツ経済法の発展：カルテル規制の法を中心として」法政研究 25 巻 2-4 号 153 頁以下 (1959 年) → 丹宗昭信 [1959]
- 丹宗昭信「経済統制」『行政法講座 第6巻 行政作用』(有斐閣, 1966 年) → 丹宗昭信 [1966]
- 丹宗昭信「ドイツ経済法学説史略考——第二次大戦終了前までの学説を素材として」北大法学論集 19 巻 2 号 1 頁以下 (1968 年) → 丹宗昭信 [1968]
- 丹宗昭信「経済法——狭義の社会権の経済基本権への位置づけ」『ジュリスト増刊・現代の法理論』257 頁以下 (有斐閣, 1970 年) → 丹宗昭信 [1970]
- 丹宗昭信「独占禁止法における競争概念の検討(1)」北大法学論集 22 巻 1 号 1 頁以下 (1971 年) → 丹宗昭信 [1971]
- 丹宗昭信「経済法と行政法」公法研究 34 号 262 頁以下 (1972 年) → 丹宗昭信 [1972]
- 丹宗昭信「経済統制法の経済的意義と反競争的性格」北大法学論集 27 巻 3・4 号 511 頁以下 (1977 年) → 丹宗昭信 [1977a]
- 丹宗昭信「書評, Wolfgang Friedmann (ed.), Pubic and Private nterprise in Mixed Economy, 1974」アメリカ法 (1977-2) 222 頁以下 → 丹宗昭信 [1977b]
- 丹宗昭信「経済法と行政法」立命館法学 150~154 号 575 頁以下 (1980 年) → 丹宗昭信 [1980]
- 丹宗昭信「経済活動の自由と独占禁止法—『営業の自由』と独占禁止法との関係をめぐる論争と関連して—」今村成和退官『公法と経済法の諸問題 (下)』(有斐閣, 1982 年) 153 頁以下 → 丹宗昭信 [1982]
- 丹宗暁信 = 厚谷襄児 (編)『現代経済法入門』(法律文化社, 第3版, 1994 年) → 丹宗暁信 = 厚谷襄児 (編) [1994]
- 丹宗暁信 = 厚谷襄児 (編)『新現代経済法入門』(法律文化社, 1999 年) 63 頁以下 → 丹宗暁信 = 厚谷襄児 (編) [1999]
- 丹宗暁信 = 伊従 寛『経済法総論』(青林書院, 1999 年) → 丹宗暁信 = 伊従寛 [1999]
- 丹宗昭信「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」大東文化大学法学研究所報 21 号 1 頁以下 (2001 年) → 丹宗昭信 [2001]
- ツァハー, ハンス・F (新井誠監訳)『ドイツ社会法の構造と展開——理論, 方法, 実践』(日本評論社, 2005 年) → ツァハー, H. [2005]
- 土田和博「規制緩和と新自由主義的競争論」静岡大学・法政研究 1 巻 2・3・4 号 138

- 頁以下 (1997年) → 土田和博 [1997]
- 土田和博「規制改革の理論と課題」静岡大学・法政研究 3巻3・4号 237頁以下  
(1999年) → 土田和博 [1999]
- 土田和博「グローバリゼーションと規制改革」大須賀明(編)『国家の法的関与と自由』(早稲田大学比較法研究所, 2001年) 29頁以下 → 土田和博 [2001]
- 土田和博「憲法と経済法—経済法の憲法学的基礎構造」前掲『経済法講座 I』16頁以下 → 土田和博 [2002]
- 土田和博「市場と規制改革の基礎理論に向けての一試論」法律時報 75巻1号 48頁以下 (2003年) → 土田和博 [2003]
- 土田和博 = 須網隆夫(編著)『政府規制と経済法』(日本評論社, 2006年)  
→ 土田和博 = 須網隆夫(編著) [2006]
- 土田和博「独禁法と事業法による公益事業規制のあり方に関する一考察」土田和博 = 須網隆夫(編著) [2006] 153頁以下 → 土田和博 [2006]
- 土田和博「岐路に立つ新自由主義的構造改革と対抗理論」民科法律部会(編)『改憲・改革と法』(日本評論社, 2008年) 244頁以下 → 土田和博 [2008a]
- 土田和博「新自由主義的構造改革に対抗する社会経済構想—国家, 市場, 市民社会をめぐって」法の科学 39号 8~20頁 (2008年) → 土田和博 [2008b]
- 土田和博「グローバル経済危機と独占禁止法」早稲田法学 85巻3号 813頁以下 (2010年) → 土田和博 [2010]
- 常本照樹「ニューディールと最高裁: 憲法史からの視点」アメリカ法 (1997-2) 23頁以下 → 常本照樹 [1997]
- 手島 孝『現代行政国家論』(勁草書房, 1969年) → 手島孝 [1969]
- 手島 孝『行政国家の法理』(学陽書房, 1976年) → 手島孝 [1976]
- 手島 孝「公法における人間」前掲『岩波講座 基本法学 1』79頁以下  
→ 手島孝 [1983]
- ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例 2』(信山社出版, 2001年)  
→ 『ドイツの憲法判例 2』 [2001]
- 時国康夫『憲法訴訟とその判断の手法』(第一法規出版, 1997年)  
→ 時国康夫 [1997]
- 利谷信義「日本資本主義経済と法」『岩波講座 現代法 7 現代法と経済』(岩波書店, 1966年) → 利谷信義 [1966]
- 利谷信義「近代法体系の成立」『岩波講座 日本歴史 16 近代 3』(岩波書店, 1976年)  
→ 利谷信義 [1976]
- 戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(1)~(5)」自治研究 54巻7号~11号 (1978年) → 戸波江二 [1978]

- 戸波江二「制度的保障の理論について」筑波法政7号66頁以下(1984年)  
→ 戸波江二 [1984]
- 戸波江二「人権の現代的展開と保護義務論」樋口陽一=上村貞美=戸波江二(編)『日独憲法学の創造力 上巻』(信山社出版, 2003年)699頁以下  
→ 戸波江二 [2003]
- 富澤 達「薬事法6条2項, 4項と憲法22条1項」『最高裁調査官解説刑事篇(昭和50年度)』(法曹会, 1977年)→ 富澤達 [1977]
- 富山康吉『現代資本主義と法の理論』(法律文化社, 1969年)→ 富山康吉 [1969]
- 富山康吉「現代における独占禁止法の地位——市民法と独占禁止法」前掲『独占禁止法講座I』193頁以下 → 富山康吉 [1974]
- 富山康吉『現代商法学の課題』(成文堂, 1975年)第5章「株式会社のなす献金」  
→ 富山康吉 [1975]
- 富山康吉「経済秩序における自由」小西唯雄(編)『競争促進と寡占体制』(東洋経済新報社, 1976年)3頁以下 → 富山康吉 [1976]

な

- 中島茂樹『「営業の自由」論争』法律時報49巻7号334頁以下(1977年)  
→ 中島茂樹 [1977]
- 中谷 実「職業選択の自由—流通業—をめぐる司法消極主義と積極主義(一)」覚道豊治古稀『現代違憲審査論』(法律文化社, 1996年), 「(二・完)」片岡昇教授退職記念論集・龍谷法学29巻1号124頁以下(1996年)→ 中谷実 [1996]
- 中村陸男『社会権法理の形成』(有斐閣, 1973年)→ 中村陸男 [1973]
- 中村陸男『社会権の解釈』(有斐閣, 1983年)→ 中村陸男 [1983]
- 中村陸男「22条・29条」樋口陽一ほか編『注釈日本国憲法 上巻』(青林書院, 1984年)→ 中村陸男 [1984]
- 成田頼明「いわゆる士法の現状と問題点」ジュリスト463号40頁以下(1970年)  
→ 成田頼明 [1970]
- 成田頼明「営業規制法の類型と問題点」法律のひろば28巻8号12頁以下(1975年)  
→ 成田頼明 [1975]
- 成瀬 治『近代市民社会の成立』(東京大学出版会, 1984年)→ 成瀬治 [1984]
- 成瀬 治『「市民的公共性」の理念』二宮宏之(編)『世界史への問い4 社会的結合』(岩波書店, 1989年)→ 成瀬治 [1989]
- 西原博史「統合と自由——R. スメントの基本権に関する覚書」早稲田社会科学研究47号1頁以下(1993年)→ 西原博史 [1993]
- 西山忠範『現代企業の支配構造—株式会社制度の崩壊』(有斐閣, 1975年)

- 西山忠範 [1975]
- 西山忠範『支配構造論：日本資本主義の崩壊』（文眞堂，1980年）
- 西山忠範 [1980]
- 西山忠範『脱資本主義分析』（文眞堂，1983年）→ 西山忠範 [1983]
- 西山忠範『日本企業論—株式会社制度の廃棄と新しい企業形態の構想』（文眞堂，1992年）→ 西山忠範 [1992]
- 二本柳高信「利益集団と立法——反トラスト法州行為法理をめぐる論争を手がかりに」東京都立大学法学会雑誌 41 卷 1 号 293 頁以下，同 2 号 389 頁以下，42 卷 1 号 257 頁以下（2000～2001年）→ 二本柳高信 [2000-2001]
- 二本柳高信「経済的自由と規制目的二分論」法学セミナー 674 号 20 頁以下（2011年）→ 二本柳高信 [2011]
- 沼田稲次郎『労働法論序説』（勁草書房，1950年）95 頁以下
- 沼田稲次郎 [1950]
- 沼田稲次郎『市民法と社会法』（日本評論新社，1953年）→ 沼田稲次郎 [1953]
- 沼田稲次郎『社会法理論の総括』（勁草書房，1975年）→ 沼田稲次郎 [1975]
- 根井雅弘『ガルブレイス——制度的真実への挑戦』（丸善ライブラリー，1995年）
- 根井雅弘 [1995]
- 根岸 哲「独占法運用における経済学利用の効用と限界 序説」経済法 15 号 20 頁以下（1972年）→ 根岸哲 [1972]
- 根岸 哲『規制産業の経済法研究 第 2 卷』（成文堂，1986年）→ 根岸哲 [1986]
- 根岸 哲「経済法の歴史的展開」前掲『経済法講座 I』1 頁以下
- 根岸哲 [2002]
- 根岸 哲（編）『注釈独占禁止法』（有斐閣，2009年）→ 注釈独占禁止法 [2009]
- 根岸 哲 = 舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣，第 4 版，2010年）
- 根岸哲 = 舟田正之 [2010]
- 根森 健『『基本法の間人像』と基本法の経済政策的中立性』『ドイツの憲法判例 2』[2001] 35 頁以下 → 根森健 [2001]
- 野口悠紀雄『戦後日本経済史』（新潮選書，2008年）→ 野口悠紀雄 [2008]
- 野口悠紀雄『1940 年体制—さらば「戦時体制」』（東洋経済新報社，増補版，2010年）→ 野口悠紀雄 [2010]
- 野尻武敏「経済政策施策の整合性原則について」国民経済雑誌 105 卷 1 号 80 頁以下（1962年）→ 野尻武敏 [1962]
- 野尻武敏『一般経済政策論』（有斐閣，1965年）→ 野尻武敏 [1965]
- 野尻武敏『第三の道—経済社会体制の方位』（晃洋書房，1997年）
- 野尻武敏 [1997]

は

橋本文雄『社会法と市民法』(有斐閣, 1957年。初出は1934・1935年)

→ 橋本文雄 [1957]

長谷川正安「営業の自由——その解釈論的考察(1)(2)」法学セミナー 213号 59頁以下, 214号 25頁以下 (1973年) → 長谷川正安 [1973]

長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト 1244号 31頁以下 (2003年)

→ 長谷部恭男 [2003]

長谷部恭男『憲法』(新世社, 第5版, 2011年) → 長谷部恭男 [2011]

畠山武道「現代経済社会と行政」前掲『現代経済法講座 1』153頁以下

→ 畠山武道 [1990]

服部高宏「現代法」田中(編)・前掲『現代理論法学入門』27頁以下

→ 服部高宏 [1993]

ハーバーマス, ユルゲン(細谷貞雄訳)『社会哲学論集(I)(II)』(未来社, 1969年)

→ ハーバーマス [1969] (I)(II)

ハーバーマス, ユルゲン(細谷貞雄訳)『公共性の構造転換』(未来社, 1973年)

→ ハーバーマス [1973] (本訳書は, 1994年に第2版が出ているが, ここでは旧版によった)

早川 勝「株式会社と競争経済——Grossfeldの見解を中心として」下関商経論集 15巻 2・3合併号 (1971年) → 早川勝 [1971]

原島重義「民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き」山中康雄選歴

『近代法と現代法』(法律文化社, 1973年) 119頁以下 → 原島重義 [1973]

原島重義『民法学における思想の問題』(創文社, 2011年) → 原島重義 [2011a]

原島重義『市民法の理論』(創文社, 2011年) → 原島重義 [2011b]

バーリー = ミーンズ(北島忠男訳)『近代株式会社と私有財産』(分雅堂銀行研究社, 1957年, 原書は1932年) → バーリー = ミーンズ [1932]

阪野智一「自由主義的福祉国家からの脱却? —イギリスにおける二つの福祉改革」

宮本太郎(編)『講座・福祉国家のゆくえ 第1巻 福祉国家再編の政治』(ミネルヴァ書房, 2002年) 149頁以下 → 阪野智一 [2002]

樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂, 2011年) → 樋口範雄 [2011]

樋口陽一「基本的人権の歴史性と法技術的構成の理解をめぐる若干の問題点」社会

科学研究 23巻 1号 174頁以下 (1971年) → 樋口陽一 [1971]

樋口陽一「『営業の自由』とその制限をめぐる」判例タイムズ 325号 2頁以下

(1975年) → 樋口陽一 [1975]

樋口陽一『権力・国家・憲法学——フランス憲法研究』(学陽書房, 1989年)

→ 樋口陽一 [1989]

- 樋口陽一『何を読みとるか——憲法と歴史』(東京大学出版会, 1992年) 160頁以下  
→ 樋口陽一 [1992]
- 樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会, 1994年)  
→ 樋口陽一 [1994]
- 樋口陽一 = 森英樹 = 高見勝利 = 辻村みよ子『国家と自由—憲法学の可能性』(日本評論社, 2004年) → 樋口陽一ほか [2004]
- 樋口陽一「憲法論にとって『競争』とは——ひとつの覚え書き」厚谷襄兒古稀『競争法の現代的諸相(上)』(信山社出版, 2005年) 3頁以下 → 樋口陽一 [2005]
- 樋口陽一『国法学[補訂版]』(有斐閣, 2007年) → 樋口陽一 [2007]
- 樋口陽一『憲法入門』(勁草書房, 4訂, 2008年) → 樋口陽一 [2008]
- 樋口陽一『憲法』(創文社, 第3版, 2010年) → 樋口陽一 [2010]
- ピュッツ, テオドール(野尻武敏 = 丸谷治史訳)『現代経済政策論の基礎』(新評論, 1983年) → ピュッツ, T. [1983]
- 平井宜雄『法政策学』(有斐閣, 第2版, 1995年) → 平井宜雄 [1995]
- 平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』(商事法務, 2005年)  
→ 平林英勝 [2005]
- 平林英勝『独占禁止法の歴史(上)』(信山社, 2012年) → 平林英勝 [2012]
- 平松 毅「経済的自由」大須賀明(編)『現代法講義憲法』(三省堂, 1981年)  
→ 平松毅 [1981]
- 平松 毅「職業の自由」阿部照哉還暦『人権の現代的諸相』(有斐閣, 1990年) 229頁以下 → 平松毅 [1990]
- 平松 毅「経済活動の規制緩和の基準と違憲審査の基準(上・下)」ジュリスト 1078号 57頁以下, 1079号 118頁以下(1995年) → 平松毅 [1995]
- 広沢民生「民主的な『社会的法治国家』への途——ヘルマン・ヘラーの『社会的法治国家』について」早稲田法学会誌 26号 435頁以下(1976年)  
→ 広沢民生 [1976]
- 広中俊雄『民法綱要 第1巻 総論上』(創文社, 1989年) → 広中俊雄 [1989]
- 広中俊雄『新版民法綱要 第1巻 総論上』(創文社, 2006年) → 広中俊雄 [2006]
- 広中俊雄 = 渡辺洋三 = 岡田与好「(鼎談)『営業の自由』をめぐる」社会科学の方法 5巻1号1頁以下(1972年) → 広中俊雄 = 渡辺洋三 = 岡田与好 [1972]
- 広渡清吾「競争法の普遍化」東京大学社会科学研究所(編)『20世紀システム5 国家の多様性と市場』(東京大学出版会, 1998年) 46頁以下 → 広渡清吾 [1998]
- 福井憲彦『ヨーロッパ近代の社会史—工業化と国民形成』(岩波書店, 2005年)  
→ 福井憲彦 [2005]
- 福岡博之「西ドイツ私法学における『ネオ・リベラリズム』の影響」東京経大会誌

- 82号29頁以下, 87号67頁以下 (1973~74年) → 福岡博之 [1973-74]
- 藤井俊夫「社会権と自由」ジュリスト884号228頁以下 (1987年)  
→ 藤井俊夫 [1987]
- 藤井俊夫『経済規制と違憲審査』(成文堂, 1996年) → 藤井俊夫 [1996]
- 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』(成文堂, 2007年) → 藤井俊夫 [2007]
- 藤田宙靖『行政法学の思考形式』(木鐸社, 増補版, 2002年) → 藤田宙靖 [2002]
- 藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)』(青林書院, 2013年) → 藤田宙靖 [2013]
- 藤田菜々子『ミューダールの経済学—福祉国家から福祉世界へ』(NTT出版, 2010年) → 藤田菜々子 [2010]
- 藤本建夫「書評 兩宮昭彦『競争秩序のポリティクス—ドイツ経済政策思想の源流』」社会経済史学71巻6号(2006年) → 藤本建夫 [2006]
- 藤本建夫『ドイツ自由主義経済学の生誕』(ミネルヴァ書房, 2008年)  
→ 藤本建夫 [2008]
- 藤原明久「法典論争と明治民法・商法の成立」山中永之佑ほか(編) [2010] 28頁以下 → 藤原明久 [2010]
- 藤原淳一郎「[時の判例] 郵便貯金目減り訴訟最高裁判決」法学教室25号(1982年)  
→ 藤原淳一郎 [1982]
- 藤原淳一郎「現代経済社会における公企業と法」前掲『現代経済法講座1』229頁以下 → 藤原淳一郎 [1990]
- 舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史(1)~(7)」国家学会雑誌88巻7・8号435頁以下~90巻9・10号589頁以下(1975~77年) → 舟田 [1975-77] (1)~(7)
- 舟田正之「職業の自由と“営業の自由”」ジュリスト592号30頁以下(1975年)  
→ 舟田 [1975]
- 舟田正之「判例解説: 薬事法距離制限違憲判決」経済法19号21頁以下(1976年)  
→ 舟田 [1976]
- 舟田正之「『経済制度』と経済法理論」経済法20号17頁以下(1977年)  
→ 舟田 [1977]
- 舟田正之「協同組合と独占禁止法」日本経済法学会(編)『独占禁止法講座Ⅲ カルテル(上)』(商事法務研究会, 1980年)193頁以下 → 舟田 [1980]
- 舟田正之「公共企業法における規制原理」経済法学会年報2号51頁以下(1981年)  
→ 舟田 [1981]
- 舟田正之「公企業の解体・再編と法——国鉄改革案をめぐって」法律時報58巻8号37頁以下(1986年) → 舟田 [1986]
- 舟田正之「公社の設立と廃止」ジュリスト900号278頁以下(1988年)  
→ 舟田 [1988]



- 舟田正之「公共的事業に関する『民活』・『規制緩和』」雄川一郎献呈『行政法の諸問題(上巻)』(有斐閣, 1990年) 537頁以下 → 舟田 [1990a]
- 舟田正之「企業誘致の法律問題」『行政法の争点』110頁以下(有斐閣, 新版, 1990年) → 舟田 [1990b]
- 舟田正之「現代経済法の体系」丹宗暁信=厚谷襄児(編) [1994] 79頁以下(第一章4) → 舟田 [1994]
- 舟田正之(発言)・座談会「規制緩和と法の視点」ジュリスト1044号9頁以下(1994年) → 舟田(発言) [1994]
- 舟田正之『情報通信と法制度』(有斐閣, 1995年) → 舟田 [1995]
- 舟田正之「経済法・独禁法」『法律学がわかる』(アエラムック, 朝日新聞社, 1996年) → 舟田 [1996]
- 舟田正之「独禁法上の『事業者』」判例タイムズ1134号69頁以下(2004年) → 舟田 [2004]
- 舟田正之「正田彬先生の人と業績を振り返る」ジュリスト1388号56頁以下(2009年) → 舟田 [2009a]
- 舟田正之「(協同)組合の行為」注釈独占禁止法 [2009] 551頁以下 → 舟田 [2009b]
- 舟田正之『不公正な取引方法』(有斐閣, 2009年) → 舟田 [2009c]
- 舟田正之「公共の利益」『経済法判例・審決百選』(有斐閣, 2010年) 16~17頁 → 舟田 [2010]
- 舟田正之「委任の範囲(1)―農地法施行令」『行政判例百選』(有斐閣, 第6版, 2012年) 104頁以下 → 舟田 [2012]
- 舟田正之「道路運送法と独占禁止法によるタクシーの低額運賃規制」根岸哲古稀『競争法の理論と課題』(有斐閣, 2013年) 497頁以下 → 舟田 [2013]
- フリードマン, ウォルフガング(寺戸恭平訳)『現代経済と国家の役割』(日本経済新聞社, 1977年) → フリードマン, W. [1977]
- ヘッセ, コンラート(阿部照哉=初宿正典=井口文男=武永淳訳)『西ドイツ憲法綱要』(日本評論社, 1983年) → ヘッセ [1983]
- ヘッセ, コンラート(初宿正典=赤坂幸一訳)『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂, 2006年) → ヘッセ [2006]
- ヘーベルレ, ペーター(井上典之編訳)『基本権論』(信山社出版, 1993年) → ヘーベルレ, P. [1993]
- ホーウィッツ, M. J.(樋口範雄訳)『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂, 1996年) → ホーウィッツ [1996]
- 星野英一「現代における契約」『岩波講座 現代法8 現代法と市民』(岩波書店, 1966

年) 203頁以下 → 星野英一 [1966]

星野英一「私法における人間」前掲『岩波講座 基本法学 1』125頁以下

→ 星野英一 [1983a]

星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『岩波講座 基本法学 4 契約』(岩波書店, 1983年) 3頁以下 → 星野英一 [1983b]

星野英一『民法のすすめ』(岩波新書, 1998年) → 星野英一 [1998]

ポランニー, カール (吉沢英成 = 野口建彦 = 長尾史郎 = 杉村芳美訳)『大転換』(東洋経済新報社, 1975年) → ポランニー [1975a] (本書の新訳として, 野口建彦 = 栖原学訳)『新訳 大転換』(東洋経済新報社, 1994年)が出ている)

ポランニー, カール (玉野井芳郎 = 平野健一郎 = 石井溥共編訳)『経済の文明史 カール・ポランニー』(日本経済新聞社, 1975年) → ポランニー [1975b]

ポランニー, カール (玉野井芳郎 = 栗本慎一郎 = 中野忠共訳)『人間の経済Ⅰ・Ⅱ』(岩波書店, 1980年) → ポランニー [1980]

ポランニー, カール (若森みどり = 植村邦彦 = 若森章孝訳)『市場社会と人間の自由』(大月書店, 2012年) → ポランニー [2010]

堀部政男「イギリス革命と人権——『営業の自由』の成立過程」前掲『基本的人権 2』339頁以下, 355頁以下 → 堀部政男 [1968]

本間重紀「戦時経済統制法分析の予備作業」社会科学研究 23巻3号 146頁以下 (1972年) → 本間重紀 [1972]

本間重紀「戦時経済法の研究 (一) (二)」社会科学研究 25巻6号 1頁以下, 26巻1号 62頁以下 (1974年) → 本間重紀 [1974]

本間重紀「書評 岡田与好著『独占と営業の自由』」法律時報 48巻1号 93頁以下 (1976年) → 本間重紀 [1976]

## ま

正村公宏 = 山田節夫『経済政策入門』(東洋経済新報社, 2004年)

→ 正村公宏 = 山田節夫 [2004]

松井茂記『二重の基準論』(有斐閣, 1994年) → 松井茂記 [1994]

松井秀征『株主総会制度の基礎理論』(有斐閣, 2010年) → 松井秀征 [2010]

松下満雄『経済法概説』(東京大学出版会, 第4版, 2006年) → 松下満雄 [2006]

松本恒雄「競争秩序と民事法」日本経済法学会年報 19号 27頁以下 (1998年)

→ 松本恒雄 [1998]

松本哲治・新・判例解説 [TKC ローライブラリー] 憲法 No.60 (2012年)

→ 松本哲治 [2012]

松本尚子「ヴァイマル末期の法治国家論：ヘルマン・ヘラーの社会的法治国家論

- を中心に」一橋研究 22 卷 3 号 47 頁以下 (1997 年) → 松本尚子 [1997]
- 水林 彪「近代民法の本源的な性格——全法体系の根本法としての code civil」民法研究 5 号 1 頁 (2008 年) → 水林彪 [2008]
- 宮井雅明「反トラスト法の原点」正田彬古稀 [1999] 90 頁以下  
→ 宮井雅明 [1999]
- 三宅雄彦「法律・措置法律・ノモス」埼玉大学社会科学論集 116 号 23 頁以下 (2005 年) → 三宅雄彦 [2005]
- 宮坂富之助 = 本間重紀 = 高橋岩和 = 近藤充代『現代経済法』(三省堂, 第 2 版, 2010 年) → 宮坂富之助ほか [2010]
- 宮崎良夫「行政国家における営業の自由」東京大学社会科学研究所 23 卷 3 号 111 頁以下, 5・6 号 189 頁以下 (1971 年) → 宮崎良夫 [1971]
- 宮沢俊義『憲法Ⅱ』(有斐閣, 新版, 1971 年) → 宮沢俊義 [1971]
- ミュルダール, カール・グンナー (北川一雄監訳)『福祉国家を越えて—福祉国家での経済計画とその国際的意味関連』(ダイヤモンド社, 1963 年)  
→ ミュルダール [1963]
- 棟居快行『人権論の新構成 (憲法論集)』(信山社出版, 1992 年)  
→ 棟居快行 [1992]
- 棟居快行『憲法学再論』(信山社出版, 2001 年) → 棟居快行 [2001]
- 村上淳一『近代法の形成』(岩波全書, 1979 年) → 村上淳一 [1979]
- 村上淳一『ドイツ市民法史』(東京大学出版会, 1985 年) → 村上淳一 [1985]
- 村上淳一「独占競争制限禁止法の思想的背景」公正取引 454 号 4 頁以下 (1988 年)  
→ 村上淳一 [1988]
- 村上淳一『〈法〉の歴史』(東京大学出版会, 1997 年) → 村上淳一 [1997]
- メストメッカー, E.-J. (E.-J. Mestmäcker) (柳克郎 = 河本一郎監訳)『法秩序と経済体制』(商事法務研究会, 1980 年) → メストメッカー [1980]
- メストメッカー, E.-J. (E.-J. Mestmäcker) (早川勝訳)『市場経済秩序における法の課題』(中央経済社, 1997 年) → メストメッカー [1997]
- メストメッカー, E.-J. (E.-J. Mestmäcker) (早川勝訳)『EU の法秩序と経済秩序』(法律文化社, 2011 年) → メストメッカー [2011]
- 森田 修「市場における公正と公序良俗」金子晃 = 根岸哲 = 佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス』(信山社出版, 2000 年) 67 頁以下 → 森田修 [2000]
- モルフエシス, N. (幡野弘樹訳)「民法の憲法化」新世代法政策学研究 11 号 209 頁以下 (2011 年) → モルフエシス [2011]

や

八代尚宏 (編) 『社会的規制の経済分析』 (日本経済新聞社, 2000年)

→ 八代尚宏 (編) [2000]

柳川 隆 = 川濱 昇 (編) 『競争の戦略と政策』 (有斐閣, 2006年)

→ 柳川隆 = 川濱昇 (編) [2006]

山口俊夫 「現代フランスにおける『公序』(ordre public) 概念の考察」 国家学会 (編) 『国家学会百年記念・国家と市民 第3巻』 (有斐閣, 1987年)

→ 山口俊夫 [1987]

山口三十四 = 足立正樹 = 丸谷冷史 = 三谷直紀 (編) 『経済政策基礎論』 (有斐閣, 2006年) → 山口三十四ほか (編) [2006]

山田幸男 『公企業法』 (有斐閣, 1957年) → 山田幸男 [1957]

山中永之佑 (編) 『新・日本近代法論』 (法律文化社, 2002年) → 山中永之佑 (編) [2002]

山中永之佑 = 中尾敏充 = 伊藤孝夫 = 藤原明久 (編) 『日本現代法史論』 (法律文化社, 2010年) 226頁以下 → 山中永之佑ほか (編) [2010]

山本敬三 「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (一) (二完)」 法学論叢 133巻 4号 1頁以下, 同 5号 1頁以下 (1993年) → 山本敬三 [1993]

山本敬三 「民法における動的システム論の検討—法的評価の構造と方法に関する序章的考察—」 法学論叢 138巻 1・2・3号 208頁 (1995年) → 山本敬三 [1995]

山本敬三 「基本法としての民法」 ジュリスト 1126号 261頁 (1998年)

→ 山本敬三 [1998]

山本敬三ほか 『債権法改正の課題と方向: 民法100周年を契機として』 (商事法務研究会, 1998年) → 山本敬三ほか [1998]

山本敬三 『公序良俗論の再構成』 (有斐閣, 2000年) → 山本敬三 [2000]

山本敬三 「憲法による私法制度の保障とその意義—制度的保障論を手がかりとして」 ジュリスト 1244号 138~148頁 (2003年) → 山本敬三 [2003a]

山本敬三 「基本権の保護と私法の役割」 公法研究 65号 100頁以下 (2003年)

→ 山本敬三 [2003b]

山本敬三 「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」 田中 (編) ・前掲 『現代法の展望—自己決定の諸相』 3頁以下 → 山本敬三 [2004a]

山本敬三 「憲法システムにおける私法の役割」 法律時報 76巻 2号 59頁以下 (2004年) → 山本敬三 [2004b]

山本敬三 「憲法・民法関係論の展開とその意義—民法学の視角から(1)(2)」 法学セミナー 646号 17頁以下, 647号 44頁以下 (2008年) → 山本敬三 [2008a]

山本敬三 「基本権の保護と不法行為法の役割」 民法研究 5号 77頁以下 (2008年)

- 山本敬三 [2008b]
- 山本顯治「契約と交渉」田中成明(編)・前掲『現代理論法学入門』48頁以下
- 山本顯治 [1993]
- 山本顯治「ポスト福祉国家と契約法」法社会学46号281頁以下(1994年)
- 山本顯治 [1994]
- 山本顯治「法主体のゆくえ」法社会学64号1頁以下(2006年)
- 山本顯治 [2006a]
- 山本顯治「競争秩序と契約法」神戸法学雑誌56巻3号272頁以下(2006年)
- 山本顯治 [2006b]
- 山本隆司「行政法システムにおける市場経済システムの位置づけに関する緒論」  
加藤一郎追悼『変動する日本社会と法』(有斐閣, 2011年)23頁以下
- 山本隆司 [2011]
- 山本龍彦「偽の『公共の福祉』?—経済的自由規制と政治過程」法学セミナー693  
号57頁以下(2012年) → 山本龍彦 [2012]
- 横川和博「英国における営業の自由の展開と独占規制法制の性格」高橋岩和 = 本間  
重紀 [1997] 186頁以下 → 横川和博 [1997]
- 吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社, 1999年) → 吉田克己 [1999]
- 吉田克己「競争秩序と民法」厚谷襄兒古稀『競争法の現代的諸相(上)』(信山社出  
版, 2005年)31頁以下 → 吉田克己 [2005]
- 吉田克己(編著)『競争秩序と公私協働』(北海道大学出版会, 2011年)
- 吉田克己(編著) [2011]
- 吉村良一「民法学から見た公法と私法の交錯・協働」立命館法学312号472頁以下  
(2007年) → 吉村良一 [2007]

ら

- ライザー, トーマス(吉野一訳)「資金十年間の西ドイツにおける契約法領域の立法  
および法律学の社会的変化」明治学院大学法学研究27号175頁以下(1981年)
- ライザー, T. [1981]
- ラートブルフ, G.(桑田三郎 = 常磐忠允訳)「法における人間」『ラートブルフ著作集  
5』(東京大学出版会, 1962年。初出1926年)3頁以下
- ラートブルフ [1926]
- ラートブルフ, G.(山田晟訳)「個人主義的法から社会法へ」『ラートブルフ著作集  
8』(東京大学出版会, 1961年。初出1930年)167頁以下
- ラートブルフ [1930]
- リハ, トーマス(原田哲史 = 田村信一 = 内田博訳)『ドイツ政治経済学——もう1つの

- 経済学の歴史』(ミネルヴァ書房, 1992年) → リハ, T. [1992]  
レプケ, ヴィルヘルム (喜多村浩訳) 『ヒューマニズムの経済学』(勁草書房, 1954年) → レプケ [1954]  
レンナー, カール (加藤正男訳) 『私法制度の社会的機能』(法律文化社, 1968年) → レンナー, K. [1968]

## わ

- 我妻 栄『新憲法と基本的人権』(国立書院, 1948年。同『民法研究Ⅷ』(有斐閣, 1970年) 107頁所収) → 我妻栄 [1948a]  
我妻 栄『経済再建と統制立法』(有斐閣, 1948年) → 我妻栄 [1948b]  
若松良樹「権利と人権」田中(編)・前掲『現代理論法学入門』299頁以下 → 若松良樹 [1993]  
若松良樹『センの正義論——効用と権利の間で』(勁草書房, 2003年) → 若松良樹 [2003]  
若森みどり『カール・ポランニー——市場社会・民主主義・人間の自由』(NTT出版, 2012年) → 若森みどり [2012]  
渡辺洋三「市民法と社会法」法律時報30巻4号17頁以下(1958年) → 渡辺洋三 [1958]  
渡辺洋三「近代市民法の変動と問題」前掲『岩波講座 現代法1』70頁以下 → 渡辺洋三 [1965]  
渡辺洋三『「営業の自由」と近代法』高柳=藤田(編)・前掲『資本主義法の形成と展開1』1頁以下 → 渡辺洋三 [1972]  
渡辺洋三『現代法の構造』(岩波書店, 1975年) → 渡辺洋三 [1975]

## 外国書

- \* 外国書については、舟田 [1975-77], 舟田 [2009c] 等で詳細な引用注を付けており、本稿では煩瑣を避けるため、原則として引用を省略する。以下は、本文で特に名前を挙げておいたものである。和書と同様、姓を先に出し、カンマで区切って、名、という順序にした。

Böhm, Franz, Wettbewerb und Monopolkampf (1933)

Böhm, Franz, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung (1937)

Dahm, Georg, Deutsches Recht (1959)

Ehmke, Horst, Wirtschaft und Verfassung (1961)

Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, II (1954)

Radbruch, Gustav, Der Mensch im Recht : Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über  
Grundfragen des Rechts, Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht (1957)

→ Radbruch [1957]