

憲法上の“公共の福祉”と 独禁法上の“公共の利益”

中村 敏昭

序

憲法上の“公共の福祉”という概念については、日本国憲法第12条、13条、22条1項、29条2項の各規定の解釈論を中心として、さまざまな議論がなされている⁽¹⁾。他方、私的独占禁止法第2条5、6項の“公共の利益に反して”という要件についても、多くの解釈論が展開されてきている⁽²⁾。

しかし、この双方を関連づけた考察は、現在までのところ、あまりなされていないようである⁽³⁾。憲法学者は“公共の福祉”についての一般的、抽象的な論議に終始していることが多く、経済法学者が、独禁法と憲法との関係について論じることはあまりない。しかし、独禁法が憲法を頂点とする現行法制の下にあり、かつ、特殊現代的性格を持つことから、独禁法と憲法との関係は重要な意味を持っていると言えるであろう。

本稿は、憲法上の“公共の福祉”の歴史的な性格付けを通して、独禁法による規制⁽⁴⁾が憲法上どう評価されるべきかを、独禁法上の“公共の利益”概念と関連づけながら検討しようとするものである。

(1) 文献については、小林『憲法の構成原理』345頁註4参照。特に、末川編『基本的人権と公共の福祉』、鶴飼他編『憲法・行政法論集』所収の諸論文及び文献を参照されたい。

(2) 独禁法・経済法の概説書以外の論文としては、丹宗「独禁法2条5項・6項にい

う『公共の利益』について——違法性阻却事由としての『公共の利益』, 菊池勇夫教授60年祝賀論文集「労働法と経済法の理論」735頁以下, 正田「独占禁止法上の『公共の利益』の意義」ジュリスト300号396頁以下, 芦野「公取の新しい歩み方——独占禁止法に於る『公共の利益』の解釈を繞りて」公正取引23号2頁以下, 実方「独禁法における公共の利益」公正取引231号17頁以下, 等参照。

(3) 河合「経済法における公益概念」日本法社会学会編「公共の福祉」30頁以下及び, 正田後掲諸論文が目につく程度である。

(4) “規制”の概念については, 金沢『経済法』32頁参照。

1

憲法上の“公共の福祉”をめぐって, これまで多くの解釈論がなされてきていることは既にのべたが, それが単なる学説の併立状態をもたらしていることに加え, 前近代的絶対主義的国家→近代国家→現代国家, という歴史の流れの中で“公共の福祉”という言葉がどのような意味に使われ, どのような機能を果たしてきたか, という観点からの研究が, 解釈論の基礎にあることに注目すべきであろう。最初に, 簡単に, これまでの研究の成果をふまえて⁽¹⁾, この歴史的な流れを追ってみよう。

近代市民革命以前の絶対主義王政の下で, 国民国家が形成されつつあるとき, 国王が, 封建制における領主の私的権力にとって代わって, 国家全体の立場から権力を行使するようになる。そのさいの国王の権力(公権力)行使は, 「個人の利益に優先する国家の全体的な利益」⁽²⁾「全体もしくは公共の幸福や安寧」⁽³⁾「公共の安全とか秩序とかよばれるもの」⁽⁴⁾等によって, 大義名分を与えられた⁽⁵⁾。これらを, “公共の福祉”という言葉で表わすとすると, この“公共の福祉”は, 個々人の福祉と, 量的のみならず, 質的にも異なる別箇のものとして考えられていた。この点で, 絶対王政下の“公共の福祉”は, 近代国家におけるそれと異なることは明らかであるが(後述), 現代国家における“公共の福祉”とどう異なるのかが問題とされうる。それは, 両者の歴史的 성격や内容・機能の検討によって明らかにしうるものであるが, ここでは, この両者の歴史的土台を捨象してしまおうと, 「国家を福祉の体现者としてみる点で一致して

くる」⁽⁶⁾ことを指摘するにとどめる（後述参照）。

この“公共の福祉”の観念は、啓蒙主義と、それに伴って次第に現われてきた国民主権思想とによって、変化を蒙りはじめ⁽⁷⁾、その完成である近代国家における“公共の福祉”は、全く別の観念とされるに至る。近代的な基本的人権思想の下では、“公共の福祉”は、人権とは別の、それに優越する概念ではなく、人権概念のなかに含まれるべきもの、即ち、人権概念の一内容、一側面として扱われてくる。このことは、現行日本国憲法の解釈論としてもよく説かれることであり、いわゆる基本的人権の内在的制約⁽⁸⁾としての“公共の福祉”が考えられているのである。ここでは、「特定の個人の利益ないし価値を超えた利益ないし価値はあるが、すべての個人を超えた『全体』の利益ないし価値というようなものは存しない」から、“公共の福祉”は、「人権相互のあいだの矛盾、衝突を調整する原理としての実質的公平の原理を意味する」⁽⁹⁾こととなるのである。

この段階までの“公共の福祉”については、一応、ほとんど異説をみない。しかし、現代においては、社会国家理念の要請からの“公共の福祉”による人権の制限という新しい現象がおこっており、これについての研究はまだまだ十分とはいえない。憲法論としては、近代国家において既に存在した、「各人の基本的人権相互の衝突の可能性を調整するための原理」を“自由国家的公共の福祉”⁽¹⁰⁾、社会権の保障のための、自由権——とりわけ財産的な自由権——に対する制約を根拠づける原理を、“社会国家的公共の福祉”⁽¹¹⁾、の二つに分類する説が有力である。しかし、基本的人権の本質的性格（殊にその絶対性、不可侵性）及び成立発展を理論的歴史的理解の上に立って構成すると、“自由国家的公共の福祉”という概念は妥当ではなく、それによって考えられている人権の制限は、実は、権利自由の内在的制約として説明できるのだから、それ以上、“公共の福祉”という概念を加える必要はない、“公共の福祉”は、特殊現代的な意味（“社会国家的公共の福祉”）に限るべきである、という説も主張されている。⁽¹²⁾単なる言葉の問題であるなら、これ以上立ち入ることは無用であるが、これらの議論の核心は、性格の相異なる(i)近代国家における“公共の福祉”

(あるいは、権利自由の内在的制約)と、(ii)現代国家特有の“公共の福祉”，とを各々どう特徴づけ、かつ、関連づけるか、ということにあると言うことができる。重要な意味を持つてくる。

近代国家における“公共の福祉”は、それ自体としては語られないで、常に基本的人権との関係においてのみ問題にされ、人権の調和ある実現こそが“公共の福祉”の内容であるとされるから、国家との関連でいえば、国家権力からの自由(形式的自由)のみが問題にされるという意味で、近代市民法における国家の消極性が統一原理とされたのである。¹³⁾ 近代市民法を担保するものとしての国家法(公法)も、国家に対する国民の形式的自由が中心であったという意味で、近代国家における国家と国民との関係の特徴は、消極性・形式性にあったといえる。

これに対し、現代国家においては、近代国家において建前として認められていた、経済(市民社会)と政治(国家)との一応の分離(言いかえると、経済社会の国家からの自立性)が崩れ、社会の国家に対する諸々の(経済的)要求が、国家の政策にストレートに流れこむ構造になっている。政治過程を、社会からのインプットを調整・再構成して、社会に対してアウトプットとしてうちだすもの、と単純化できるとすると、近代国家におけるインプットの内容は、一般的に国家は経済社会に干渉すべきでないという消極的、形式的、一般的なものであったのに対し、現代国家においては、具体的な特定の階層の人々の利益が国家に対して主張され、それが国家の経済政策、社会政策という形でだされるという意味での積極性・実質性・個別性が特徴である。

国家の経済社会に対する機能の変化を、このように把えうるとすると、人権に対する制約原理としての“公共の福祉”の性格もこの点から理解しうるのではないだろうか。現代では、具体的な利益主張が国家政策の内容となる場合、それが直接でてこずに、一応、公の機関としての国家が、国民一般の利益という観点をも含めて、政策をうちだすという形でなければならぬ。そのさいの大義名分が“公共の福祉”である。

現代国家における公共の福祉を、自由国家的公共の福祉との関連でみるさ

い、参考になると思われるのは、ドイツ連邦共和国基本法（以下単に「ボン憲法」という）第2条第1項である。ここでは、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しない限り、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する」⁴⁴⁾と表現されていて、ボン憲法における第3条から第19条までの諸基本的人権の集約的表現である⁴⁵⁾「その（各人の）人格の自由な発展を目的とする権利」（das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit）を制約するものとしては、日本国憲法における公共の福祉（Gemeinwohl）という概念の代わりに、(1)「他人の権利」（die Rechte anderer）、(2)「憲法的秩序」（die verfassungsmäßige Ordnung）、(3)「道徳律」（das Sittengesetz）、の3つをあげている。これと、1789年のフランス人権宣言第4条が、「自由は、他人を害しないすべてをなし得ることに存する。その結果、各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の権利の享有を確保すること以外の限界を持たない」⁴⁶⁾と述べていることを対比すると、ボン憲法においては、基本的人権を制限するものとして、“他人の権利”の他に“憲法的秩序”と“道徳律”とが加えられている。このうち、後者については、本稿の扱う経済的基本権とは関係がうすい⁴⁷⁾、それ自身多くの問題を含んでいる⁴⁸⁾ので、ここでは考慮の外におく。“憲法的秩序”の具体的内容としては、連邦憲法裁判所によって禁止された政党のプロパガンダをのせた文書の販売の禁止⁴⁹⁾とか、経済危機の際に、大衆の必需品を輸入し、奢侈品の輸入を禁止すること⁵⁰⁾、等があげられている。憲法的秩序には、特に法治国家原理、社会国家原理が含まれる⁵¹⁾と解されているため、かなり広い範囲で基本的人権の制限が認められうることになるのである。“憲法的秩序”は“法秩序”（Rechtsordnung）とは異なるのであり、形式的に合憲な手続で制定された法律がすべてこれに含まれるという見解⁵²⁾が否定されているのは当然であろうが、より狭く解する現在の通説によっても、実際にはあまり変わりがないのではなかろうか。

“公共の福祉”にしても、“憲法的秩序”にしても、それが“公共”，あるいは“秩序”に関するものである限り、特定の個人，あるいは集団の利益自体でないことは明らかである。他方，個人の利益と全く異なるより高次元の利益

(例えば、国益、企業自体の利益)が、有るという思想が、現行憲法の基本的性格と矛盾するものであることも疑いがない。この問題の解決が、共同体とよばれるものによってされるという説明が、第1次大戦後のドイツで始まって、現在も続いているが、それが妥当なものかどうかは、個々の具体的な問題にあたって検討すべきであろう。以下、独禁法における“公共の利益”について、この問題をみていこう。

- (1) 最近のものとして、東大社研編『基本的人権』125所載の諸論文には、歴史的観点が正当にとりいれられている。なお、渡辺『憲法と現代法学』63頁参照。
- (2) 田口「公共の福祉の意義」ジュリスト300号24頁。
- (3) 小林「憲法講義」上281頁。
- (4) 渡辺前掲書80頁。
- (5) 鵜飼「基本的人権と公共の福祉」社会科学研究11巻3号7頁、「そのような(絶対主義国家の)強力な権限が、ジャスティファイされるための根拠として、「公共の福祉」という概念が、きわめて有用な役割を果たした」。
- (6) 渡辺前掲書80頁。
- (7) 小林「憲法の構成原理」390頁。
- (8) 小林「憲法講義」上276頁以下。
- (9) 宮沢「憲法」II(法律学全集)230頁。
- (10) 宮沢「日本国憲法」201頁。
- (11) 宮沢、同右202頁。
- (12) 山本「公共の福祉」・宮沢俊義先生還暦記念「日本国憲法体系」13頁以下、特に21頁。
- (13) このことは一般によく説かれるところである。例えば、渡辺前掲57頁以下。
- (14) 宮沢編「世界憲法集」、山田晟訳、138頁。
- (15) Hamann *Rechtsstaat und Wirtschafts lenkung*, 1953, s. 63. 五十嵐「ボン基本法と契約の自由」北大法学会論集10巻合併号47頁。
- (16) 高木等編「人権宣言集」山本訳、131頁。
- (17) 経済政策の倫理的中立性との関連, Hamann, A. a. O., S. 65.
- (18) ドイツ民法138条“公序良俗”の規定について、金沢「経済法」18, 19頁, Goldschmidt, *Reichswirtschaftsrecht*; 1923, S. 122.
- (19) Hamann, A. a. O., S. 64.
- (20) Hamann, A. a. O., S. 65.

(21) Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 89.

(22) 連邦憲法裁判所は、この説をとっている。(BVGE, 6, 32, 38-41)

2

独禁法について述べる前に、独禁法が属するとされる法分科である“経済法”の概念について簡単に述べておこう。現代社会の様々な“経済的・社会調和的要求”をみたすために、国家が経済的干渉を行なうための法律を“経済法”とする説⁽¹⁾がある。この説は、“規制⁽²⁾”を中心にして概念構成されているため機能説として特徴づけられる。

他方、その規制の対象、目的に着目して、現代資本主義経済を独占資本主義と規定し、更に、「この独占資本主義段階における社会的人間関係において、何らかの特徴的なものがあらわれてきているか否か⁽³⁾」という観点から、“経済的従属関係”という概念を導入して、これが経済法の対象とすべき社会関係であり、従って、「経済法とは、独占段階に固有な独占体を中心とした経済的従属関係を規制する法である⁽⁴⁾。」とするのである。

なお、自明のことではあるが、経済法という概念は、道具概念であり、何らかの学問的成果を得るための道具にすぎないのであるから、論者によって説が分かれること自体は当然である。ある説が正しく、他の説は誤りであるということは原理的にありえない。道具としての有効性の有無、多少のみが問題にされうるのである。従って、前に掲げた二つの学説は、各々の経済法概念を基礎として展開する学問的成果という点で比較されるべきものである。このような観点から、両説の具体的展開の一つとして、独禁法2条5項、6項の“公共の利益”の解釈についてみていこう。

独禁法における“公共の利益”については、私的独占および不当な取引制限の要件として、競争制限の外に、公共の利益違反をも加えるか否か、という点と、それに関連して、私的独占、不当な取引制限の適用除外として認められている各種の行為（独禁法21条—24条、24条の3、24条の4、独禁法の適用除外法、輸出入取引法等の各種適用除外立法）をどう把えるか、という点が、解釈論上、問

題となっている。しかし、ここでは公共の利益についての解釈論を詳論すること自体は目的ではないから、憲法の“公共の福祉”と関係する限りで論ずることとする。

独禁法の“公共の利益”と憲法の“公共の福祉”との関係を明示する唯一の学説は、正田教授によって主張されている。教授によれば、前に述べたような経済法の把握から、「従属関係の成立によって除去される競争を回復し、確保することによって、取引主体の取引上の地位の実質的平等を確保すること⁽⁵⁾」を内容とする独禁法は、経済法の主要部分を構成する⁽⁶⁾。独禁法上の“公共の利益”は、このように捉えられた独占禁止法の基本的性格、いかえれば独占禁止法を要請する経済法の基本的な原理を内容とする。他方“公共の福祉”は、「独占資本主義社会において特徴的な経済主体間の関係に対応して、実質的な平等ということとその基調とし、それにもとづいて財産権、とりわけ所有権及びそれを中心とする自由権を制限するという役割を果たす原理⁽⁷⁾」として理解されるから、独禁法上の“公共の利益”と憲法上の“公共の福祉”とは、「一応同じ意味内容を有するものとして考えるべきではないか⁽⁸⁾」という結論が導かれるのである。即ち、「市民法原理に対する修正原理」としての「公共の福祉が、取引関係、とりわけ独占段階における独占体を中心とした経済的従属関係について具体化されたのが、この独占禁止法における公共の利益にほかならないと考えられる⁽⁹⁾」。

これに対し、前出の金沢説では、“公共の利益”と“公共の福祉”との関係については、言及されていない。しかし、従来からのオーソドックスな考え方からすると、独禁法の基本的な立場は、「自由競争経済は、一般消費者の利益保護を目的とする国民経済の構造原理と解されるが故に、それを維持することが、公共の利益に合致する⁽¹⁰⁾」ということであり、簡単に言うと、自由競争秩序(の維持)が即ち“公共の利益”であるとされるのである(この立場のなかでも、更に説が分かれるが、ここではこれ以上は立ち入らない)。独禁法は、経済的基本権(憲法22条, 29条)の制限という内容をもつものであり、従って、独禁法によるその制限が公共の福祉の下においてなされたものであることが、合憲とされる

条件である。独禁法は、この“公共の福祉”の一内容として、前述したように、自由競争秩序の維持が公共の利益のためになる、という判断を下しているのであり、その判断が客観的な根拠をもつとされ、かつ、独禁法による制限が、その判断にとって目的適合性をもつ限りにおいて、違憲とされることはない¹⁴⁴。前節において述べたように、現代国家における“公共の福祉”の内容は、各々の個別法の立法者の思想が客観化・実定法化されたものであり、それが明らかに憲法の諸原則に違反するものでない限り、「立法者に与えられている」¹⁴⁵広汎な自由裁量権の範囲内の立法である¹⁴⁶とされるのである。また、“公共の福祉”の内容を支配する価値基準は、「社会的力関係の変遷を反映することにより、一定不動のものではあり得ない¹⁴⁷」のであるから、独禁法が改正されて、一定の範囲で、「自由競争秩序の維持が公共の利益である」という思想が後退したとしても、違憲という問題は生じえない¹⁴⁸。

ここで、正田説に戻って、憲法との関係をみていく。前述のように、経済的従属関係の規制ということを中心にして経済法・独禁法を把える点までは一つの観点として評価しうるのであるが、更に進んで「かかる従属関係の実質的な規制が必要とされるゆえんは、独占体とその従属者との間の従属関係を法が制限することによって、従属者と独占体との間の実質的な平等を、何らかの形で実現しようとするところにあるといわなければならない¹⁴⁹」とされ、この“実質的な平等”を求める根拠として“従属者の基本権¹⁵⁰”，（対等取引権¹⁵¹）という概念がだされてくると問題が生じてくる。これに対しては、「独占禁止法が、公正且つ自由な競争の確保、すなわち、市場機能の維持を通じて、その目的を達成しようとするものであることを見失った見解で¹⁵²」あるという批判が、なされている。しかし、これに対しては、正田教授が反論しているように「独占禁止法においては、公正な自由競争の確保が、基本的な手段としてとり入れられている」のは、「公正な自由競争を、実質的な意味で確保することによって、経済的従属者の権利の擁護がはかられるからにほかならない¹⁵³」とみることも論理的には可能なのである。独禁法のなかだけで考えると、このような水掛け論になってしまうのであるが、憲法との関係では、次の2点が問

題となりうる。

第一に、基本的人権の観点からみると、正田説によれば、私的独占や不当な取引制限によって利益を害される側（“経済的従属者”）の基本権が問題になるが、一般には、財産権の行使の自由の制限を受ける側（正田教授のいわゆる“経済的支配者”）の基本権が問題とされる。正田説と同じような方向で論じたものに岡田説があり、これをめぐって、最近、二、三の論議がなされた²⁰。これについては、多くの論点が含まれているため、全部を紹介できないので、次の1点だけふれておく。岡田説は“営業の自由”という概念を、経済的実態との関係でとらえて独占からの自由が中心に考えられており、法律学からは“営業の自由”は、国家からの自由（前章の近代国家についての論述参照）として考えられてきたのと異なる。この点で、正田説と一致するのである。これに対しては、伝統的な法解釈学からは、この観点はおかしいとの指摘がなされており²¹、その批判は正しいと思われるのであるが、しかし、正田・岡田両説には、「すぐれて現代的な“人権”意識が横たわって²²」おり、それを法律学的に新しく構成しようという意図が（殊に正田教授において）みられ、この点は高く評価されるべきものであろう。即ち、近代国家における形式的自由（国家からの営業の自由）が、実質的経済的自由（この言葉も問題であることにつき後述参照）をもたらさず、独占のみもたらしつつあるという認識から、独占体によって圧迫されつつある中小企業者の利益（正田教授は、消費者も考慮に入れている）を守ることが、憲法の社会国家的理念に沿うものであり、それらの者の保護立法は積極的に評価される。正田説によれば、この点は更に進んで、それら保護立法が合憲であるのみならず、経済的従属者の利益に反するような立法は、従属者の基本権を侵すものとして否定される（論理的には、公共の利益＝公共の福祉に反する立法として違憲とされるのであろう）。このような基本権理論は、現実の法律関係をどれだけ説明しうるかは別として（後述）、少なくとも理論的には成り立つものであり、現実の社会の動きを先取りした理論として、その現実性（将来に向かっての）も肯定しうる面もあるのではないであろうか。

しかし、その新しい試みが成功しているかと考えると、疑問なきをえない。

従属者の基本権という概念がはっきりしないのではないかと思われるからである。それが、近代市民革命のさい主張された自然権でないことは明らかであろう。おそらく、生存権の一内容として考えられているものと思われる。しかし、生存権が、単なる国家の努力目標でなく、実定法上の権利として認められるという説をとっても、その具体的内容は国家の政策的判断にまかされる余地が大きく、権利の範囲の確定は立法による部分がほとんどである、といえるのではないか。少なくとも、現実では、それら基本権の内容は、実際の政治過程で勝ちとられるべきものであり、法解釈学者が、自己の価値判断に基づいて、基本権の具体的内容を設定することはできないはずである。

なお、近代国家における形式的自由に対して、現代においては実質的自由が問題であるということはよくいわれることであるが、この“実質的自由”という概念も、法律学的には妥当ではない。自由は、あくまで形式的自由であり、実際にはそれよりも独占からの自由が重要な場合も、それは“自由”とは別の観点からの規制により解決すべきものである。このことから、独禁法が「わが国最初の自由主義的反独占法」であるという規定は妥当でないことが明らかである。近代国家における“自由”概念からすれば、例えば、「無職の自由」や「職業放棄の自由」は法律的には保障されているのであり、それらが「社会の特定の階層のみが目的意識的に追求し享受しうる特権であって、大多数の社会成員にとって、そのような特権は拒否されている。」というのが現実であっても、それは自由自体の問題ではない。

第二に、例えば、独禁法の適用除外立法について正田説はどう考えるのか。それが、従属者の基本権という観点から見ることでできない性質のものであった場合は、『公共の利益』を、独禁法という形であらわれる経済法の基本的な原理を内容とするものと解する以上、これに反するような規制を、現行法秩序において正当づけるような理論的根拠は存在しないといわざるを得ないのではなからうか²³』ということになり、理論上位置づけられない特別立法が出現したことに對し、その立法の非をならすことで終わってしまうのである。即ち、「かかる統一的な経済法秩序において、論理的に、統一的なものとしてとらえ得な

い法制度が認められるべきではない²⁴。しかし、前章でみたように、現代法制の特徴は、統一性がないということにあるのであり、「統一的なものとしてとらえ得ない法制度」があることは当然である。しかし、学問的認識として、経済法を統一性あるものとして何らかのメルクマールで考えること自体は意味あることであり、それ以外の領域の法律があることで、その経済法概念が誤りであるということとはできず、単にその経済法概念の射程距離が、その法律までは及ばないことを示すにとどまる。（その意味で、正田教授の経済法学説は評価できると述べたのである）しかし、現在、正田教授の説明できない独禁法の適用除外法が数多く生まれているとき、正田説の有効性には疑問がある（そのような意味で、正田説の試みが成功しているかどうかには疑問があると述べたのである）。

これに対して、“公共の利益”とは“自由競争秩序の維持”のことである、と解する説は、“公共の利益”という概念に、経済法・独禁法の理念といった一般的性格を与えることはないので、適用除外法は、それ固有の法理に従う、と解することができ、かなり広範囲の法律をまとめうる（しかし、広い領域をまとめうるから、学説として有効性が大きいといえないことも当然である）。この説は、“公共の福祉”について、現代的な理解をとるものといえる。前章でみてきたように、国家が個人の権利を制限するさいに大義名分としてかかげる“公共の福祉”は、内容を一義的に確定しえず、国家が“公共の福祉”とするものが“公共の福祉”である、という結果になるのが通常であり（論理的には異なるが）、例えば、独禁政策を貫徹すべき領域と、適用除外すべき領域の区別、除外の程度、方法等についても、国家の政策がイニシアティブを握ることは避けえない、ということ、この説は前提としているのである。この点で、国家の政策を、実質的な平等という理念（これが“公共の利益”の内容であると解される）で規制しようとする正田説と根本的に異なる点であろう。

最後に、筆者の感想を述べるなら、前述したような“公共の福祉”の現代的性格を認識して、独禁法の“公共の利益”を考えると、正田説はとりえないのではないか。しかし、現代の人権を法律的に再構成するという要請と、国家の政策を憲法の理念の下で規制するという法解釈学本来の要請とが、現代の法学

者に対してつきつけられていることを思うとき、多数説に安住することはできないであろう。

- (1) 金沢「経済法」(法律学全集) 21頁, 同「資本主義社会における経済と法律」ジュリスト増刊・経済と法律, 238頁。
- (2) 序註(4)参照。
- (3) 正田「経済法」19頁。
- (4) 正田, 同上37頁。
- (5) 正田「独占禁止法」51頁。
- (6) 正田「経済法」152頁。
- (7) 正田「独占禁止法」143頁。
- (8) 正田「独占禁止法をめぐる適用除外の法理と限界」財経詳報95号9頁。経済法の理念として“公共の福祉”を把えるものに, 正田「独占禁止法改正と『公共の福祉』」法学研究27巻4号25頁がある。
- (9) 正田「独占禁止法」144頁。
- (10) 今村「独占禁止法」(法律学全集) 70頁。
- (11) 従って, 出雲井「新独占禁止法の解説」91頁は, 妥当ではない。
- (12) 今村, 前掲書12頁。
- (13) 今村「『営業の自由』と『憲法及び独占禁止法』公正取引236号20頁。
- (14) 渡辺「法学と経済学」(I)社会科学の方法2巻6号(1969年11月号)3頁。
- (15) 正田「経済法」42頁。
- (16) 正田, 同上42頁以下。
- (17) 峯村・正田「私的独占禁止法」30頁以下。
- (18) 今村, 前掲書10頁。
- (19) 正田「独占禁止法」51頁。
- (20) 岡田「『営業の自由』と『独占』および『団結』」東大社研編「基本的人権」5, 129頁以下。これに対する批判として, 渡辺前掲論文(前註15参照), 堀部「『営業の自由』と独禁法による規制の意義」公正取引232号24頁以下, 今村前掲論文(前註14参照)がある。
- (21) 渡辺, 前掲論文
- (22) 今村, 前掲論文22頁。
- (23) 正田「独禁法適用除外の限界」公正取引146号42頁。
- (24) 正田, 同上同頁。