



書評 岡田与好著 『競争と結合 : 資本主義的自由経済をめぐって』

角松, 生史

(Citation)

歴史と経済 : the journal of political economy and economic history, 58(3):58-60

(Issue Date)

2016-04-30

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004036>



岡田与好 著

『競争と結合

—資本主義的自由経済をめぐる—』

1 はじめに

本書は2014年5月27日に逝去された岡田与好・東京大学名誉教授の最後の著書である(以下では著者も含めて一切の敬称を省略する)。第1部「自由競争と団結権」には「競争の自由と団結の自由」(第1章)、「『営業の自由』論争におけるわたくしの立場」(第2章)、「ふたたび『営業の自由』について」(第3章)、「競争と談合」(第4章)の4本、第2部「日本労働組合運動史の特異性」には「歴史における社会と国家—日本労働組合運動史の特異性」(第5章)、「男女雇用機会均等法の理念—自由主義的婦選運動との関連で」(第6章)、「労働組合と政治献金」(第7章)の3本、第3部「経済史学と社会政策」には、「現代経済史学の成立」(第8章、付論2篇を含む)および「社会政策とは何か」(第9章)の2本の論文が収められている。これらに加えて、大沢真理による「解題」、著者の略歴・業績、そして樋口陽一による「あとがき」が収録されている。

法学研究者である評者に本書評の執筆機会が与えられたのは、中心テーマの1つである「営業の自由」論争を、はるか後進の立場から振り返ることが求められたからだろう。経済史の門外漢であることに加え、憲法学ではなく隣接領域である行政法専攻の評者にとっては能力を超えた課題だが、蛮勇をふるって取り組むこととしたい。

2 「法解釈論」としての岡田「営業の自由」論

周知のように「営業の自由」論争は、東大社研編『基本的人権』5(東大出版会、1969年)に掲載された岡田の「『営業の自由』と『独占』および『団結』」(岡田『独占と営業の自由』(木鐸社、1975年)に所収)と、それに対する渡辺洋三の批判(「法学と経済学—岡田論文を手がかりにして (I) (II)」社会科学の方法12号、14号(1969年、1970年(以下「渡辺 (I)・(II)」)と記載)後

に渡辺『法社会学の課題』（東京大学出版会、1974年）275—285頁に収録）を契機として開始され、「日本の学界風土では珍しく論争らしい論争に発展した」ものである（石川健治「営業の自由とその規制」『憲法の争点』（2008年）148頁、本書第2章に、関連論文リストがまとめられている）。

岡田は、日本国憲法22条が保障する「職業選択の自由」に「営業の自由」を含める当時の通説に対して、主に独禁法の位置付けをめぐる批判を投げかける。「営業＝取引の自由は、直接的には、個人のみにかかわる職業選択と異なり、直接かつ必然的に他者に影響を及ぼす社会的行為に関わる自由の問題」（本書3頁）なのだから、人権としてではなく、制度的保障としての「公序」としてとらえられるべきだ、というのが彼の問題提起だった。

当時この論争が「法学と経済学」論争と呼ばれ一岡田はそれに異議を申し立てていたが（『独占と営業の自由』71頁）一、経済史というディシプリンを足場とした法解釈学というディシプリンへの批判と受け止められたことは、不幸だったと言える。改めて読み直すと、岡田の一連の論文は、「法解釈論を展開しようとしたものではもちろんない」（本書46頁）という本人の言に反して、規範的法解釈論の「王道」を行くもののように評者には感じられる。

スミス、ミルなどを引き、精神史に重点を置いた歴史的考察や、ダイシー、ゲルホーン、パッホフなどの法学者達の見解の丹念な検討を背景にし、現代日本の問題状況を踏まえた上で、概念の精密性と体系性を重視した議論がそこでは展開されている（法解釈論としての岡田説の意義を正当に評価しようとした同時代の文献として、広中俊雄のモデレートによる岡田・広中・渡辺による座談会がある（社会科学の方法31号1頁））。「紛れもなくまっとうな一個の憲法解釈論」（石川健治「インディフェレンツ」比較法学42巻2号166頁）という位置付けは正当だろう（「本書解題」iv頁で大沢が紹介する評者のかつての記述（角松「経済的自由権」安藤高行編『憲法II』（法律文化社、2001年）221頁）は、この点の考察が浅かった）。それに対して渡辺は、岡田の議論を「資本主義の歴史的段階に十分な注意を払わない」（渡辺（II）2頁）と批判する。経済史学者による法解釈論を、法学者が歴史認識の観点から批判するという構図を見ることができるのである。

3 先駆的問題提起

あくまで個人的印象ではあるが、評者にとっては、当時の法学者の議論よりも、岡田の法解釈論の方が、率直

に言ってはるかにわかりやすい。その理由の1つは、その後の公法学で注目を浴びるいくつかの論点を岡田が先駆的に問題提起していたからだろう。

まず、「人権」概念の外延である。「市民的自由と生存権という相互に対立し排斥しあう人権をともに認めている」ことを「現代的人権体系」の特色とする渡辺の所説（渡辺（II）9頁）に対して、岡田は、国家によって保障される権利である後者を「人権」概念に包括することを批判する。「自由とか権利とかよばれているもの…をすべて人権概念のなかに包含させようとするような仕方は、まさに『国家からの自由』として、権力への抵抗権を本質的内容とする『人権』およびその思想の歴史的意義をばやかす反面、市民生活における自由と権利の行使が、他人にたいする一定の不自由と無権利の強制となる資本主義社会の中の論理についての追求を麻痺させる」（『独占と営業の自由』86-87頁）というのである。

この議論は、「人間が、人間である以上、当然に具っている（はずの）権利」という「人権」概念の超実定法的性格を強調する奥平康弘の議論（『憲法III』（有斐閣、1993）19-25頁）、「個々の人間の生来の権利であり、誰にも譲り渡すことのできない」[切り札としての人権]と、「政策的に保障された」「憲法上の権利」とを区別する長谷部恭男の議論（『憲法』第6版（新世社、2014）94-95、109頁）と響き合う（特定の物に関する財産権の承認が、財産権者の自由と同時に財産権者以外の不自由を意味することを強調する評者の議論（角松・掲掲232頁）も参照）。そしてそれが、岡田が「基本的人権」という言葉に戦後初めて接したときの感動と結びついていること（合評会「岡田与好著『経済的自由主義—資本主義と自由』を読む」社会科学研究39巻6号177頁）も見落とされるべきではない。

また、法と国家の関係に関する岡田の問題提起も先駆的である。営業の自由は「国家からの自由」としてのみ構成されるとする渡辺洋三の論拠の1つに、「法解釈学にとって法は国家権力の発動のルールであるから、法的問題はつねに国家との関係で論じられる」というものがある（渡辺（I）2頁）。これに対して岡田は、以下のゲルホーンの見解を引いて反論する。「自由放任とは、『手をふれるな！』という主義であると定義された。しかし…、それは問題を未解決のままに残す。すなわち、『だれの手をだれにふれないのか？』という問題を解決しないのである。真実は…、州が干渉しないのは、州が干渉するのとまったく同様に確実に選択を行っているのだ、ということである」（『独占と営業の自由』117-118頁、岡田『経済的自由主義—資本主義と自由』（東京大学出

版会, 1987年) 44頁注(56))。

「法の役割=国家権力の発動のコントロール」という命題を前提としても、そもそもいかなる場合に「国家権力の発動」を認識するのかという問いが、先決問題になる。例えば、競争秩序に反するような私人間の契約の実現は、「私的自治」の問題だろうか、それとも「裁判所という国家権力の発動」ととらえるべきだろうか。さらに、上述のように「不干渉」も1つの「国家による選択」として「国家権力の発動」と考える余地もある(「法と経済学」の古典的文献もまた、国家は常に「権原」配分の問題から逃れられないことを指摘する。カラブレイジイ/メラムド(松浦以津子訳)「所有権法ルール、損害賠償法ルール、不可譲な権原ルール:大聖堂の一考察」松浦好治編訳『不法行為法の世界』(木鐸社, 1994年) 115頁)。この点を問題にする岡田の議論は、1990年代以降盛んに論じられた憲法と民法の関係をめぐる論点(文献は枚挙に暇ないが、さしあたり宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論』(勁草書房, 2008年))を先取りしていたと言えよう(紙数の関係で詳細は省略するが、「卑俗な営利のための自由」と「高尚な精神の自由」のアプリオリな区別に対する岡田の批判(本書38-39頁)も、「二重の基準」論をめぐる論争(井上達夫「司法的人権保障の現代的課題」『法という企て』(東京大学出版会, 2003年(初出1991年)), 長谷部恭男「それでも基準は二重である!」『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会, 2000年) 99頁以下)を思い起こさせる)。

4 「法律解釈論の宿命」と第三者の法的地位

渡辺洋三は、営業の自由を「人権」として構成すべき理由として、「人権でないということになれば、それは憲法解釈論のレベルの問題にならない」(社会科学の方法31号20頁)ことをあげる。樋口陽一も、批判的にはあるが、実務の要求としての「人権論として議論を仕立てるといふ法律解釈論の宿命」について語る。「憲法事件に仕立てるには、憲法違反で人権ということにひっかけるのが、いちばんてっとり早い」というのである(樋口・前掲合評会発言・社会科学研究39巻6号187頁)。

しかし、「人権としての構成」だけで十分に憲法的価値を実現できるだろうか。渡辺は、「岡田論文でいう独禁法的制限の無視や無効化が違憲かどうかという問題は憲法解釈論としては成り立たないのである。戦後の度重なる独禁法の改正と適用によって、独禁法的制限は広範に無視されてきたが、その違憲性を裁判で争うことはできないであろう」という諦観的な認識(渡辺(1)3頁)を示す。これについて堀部政男は、「このような学界の

状況が、逆に法的には独禁法の後退現象を許してきたといえる」と批判する(堀部『「営業の自由」と独禁法による規制の意義(2)」公正取引232号26頁)。

「営業の自由」論争が一段落した後に下された主婦連ジュース訴訟最高裁判決(最判1978年3月14日民集32巻2号211頁)は、公正取引委員会による、不当景品類及び不当表示防止法(景表法)に基づく公正競争規約の認定に対して、一般消費者が不服申立てを提起する適格を否定した。一般に、行政処分が違法だと主張して不服申立てや行政訴訟を提起することは、国民全てに認められるわけではない。行政処分の相手方(この場合は事業者団体)であれば通常認められるが、それ以外の第三者(この場合は消費者)については、不服申立適格・原告適格の有無が問題になる。この「原告適格論」に関するリーディングケースである上記最高裁判決は、「独禁法に定める規制手続の特例」としての景表法が、「公正な競争秩序の維持、すなわち公共の利益の実現を目的としている」ことを前提として、一般消費者の利益は「公益に完全に包摂」されるものであり、不服申立適格・原告適格の根拠にならないとしたのである。

「営業の自由」論争において「人権としての構成」の優位性が説かれるとき、公正な競争秩序の維持から生じる消費者等の第三者の利益をどのような法的地位として位置付けて司法的保護を提供していくかという観点は、概して希薄だったと言えよう(ただし岡田は、この点に関する具体的な法解釈論を展開こそしないものの、スミス『国富論』が「消費者主権の立場に立つ偉大な独占弾劾の書」であることを強調している(本書54頁))。

上記最高裁判決以来、第三者の原告適格論は、今日に至るまで行政法学の重要な問題領域を形作っている(特に2004年の行政事件訴訟法改正後は、新たな展開が見出される)。そして近年では、「競争秩序」と消費者利益等の関係、後者の法的保護をどのようにとらえるかという問いが、公法学・私法学共通の問題意識になっている(例えば、吉田克己編著『競争秩序と公私協働』(北海道大学出版会, 2011), 「特集: 公法と私法における集团的・集合的利益論の可能性」民商法雑誌148巻6号491頁以下, 「特集・集团的・集合的利益論の試み(1)(2)」民商法雑誌150巻4・5号507頁以下, 150巻6号673頁以下)。「人権的構成」と「秩序的構成」をめぐる「営業の自由」論争について振り返ることは、このような現代的課題との関係でも有意義なのである。

(着天社出版・2014年・208頁)

(角松生史・神戸大学)