

論説

中小企業法と独禁法との関係

泉 田 栄 一

一 は じ め に

我が国の中小企業は、事業所数で約九九%、従業員数で約七九%を占め国民経済の中で大きな地位を占めているが、統計上は大企業に比べて種々の点で不利な結果となっている。⁽¹⁾しかし、中小企業は消滅することはなく、多様であるというのが今日の中小企業論の到達点である。このような中小企業に対してどのような施策を講じるかは行政主体の問題であり、行政法学の対象であるが、施策を講じられる側から観察すると経営法学ないし企業法が成立する。今日の企業経営環境は複雑さを増しており、私法・公法の垣根は益々低くなり、経済法はその重要性を増して

いる。特に中小企業の経営者は、主に管理能力が要求される大企業の形成者と異なり多岐にわたる分野で主導力を発揮しなければならず、大企業のような法務部もない。従って、大学においても、公法も私法も社会法も有機的に融合した企業法という体系を確立し、これを教育に生かすのでなければ、時代のニーズに応えることができないであろう。このような問題意識から企業法の体系化の一步として中小企業法を考察しようとするものであるが、本稿では紙面の関係もあり、中小企業法と独占禁止法（昭和二十二年法律五四号。以下独禁法と言う。）の關係に焦点を当て考察することにする。

二 中小企業法の理念と独占禁止法

（一）中小企業法の理念

中小企業に対する施策の問題は中小企業論では視差（Parallax）の問題に関連するが、中小企業法学も同じ社会科学であって、法という視差から中小企業にアプローチするという違いがあるだけであるから、そこに内包される理念も他の学問と大きく異なるものではない。そこで、最初に中小企業論、経済法及び中小企業法の領域をひっくり返して中小企業に対する考えられうる対応の仕方を理念型として整理して置くことにする。経済法の領域で中小企業論の視座に対応するものは、独禁法二条五項及び六項が規定する「公共の利益」の解釈を巡る学説の争いである。

理念として第一に考えられうるのは、自由競争はそれ自体最高善であるから、中小企業なるが故に保護すべきいわけではないという見解である。⁽²⁾このような理念からは、政府が中小企業に対して施策を講ずることは自由競争に無用なものを持ち込むことと評価され、独禁法は、営業の自由という基本的人権を「公共の福祉」の要請から制限しようとする規制立法であるから、厳格に解すべきことになる。⁽³⁾しかし、この理念は、今日の憲法の理念にも、実定法である個々の中小企業法の内容にも適合しないことは明らかである。⁽⁴⁾その結果、独禁法は憲法にいう「公共の福祉」(憲法二二条、二三条、二二条一項、二九条二項)を経済生活の中に具現したものであると解するのが経済法の通説である。

上記理念に近い見解として、独禁法二条五項及び六項の「公共の利益」とは、自由競争を基盤とする経済秩序そのものをさし、これを阻害する事態は直ちに公共の利益に反する(*per se illegal*)と解する説がある。⁽⁵⁾公正取引委員会(以下公取委と略称。)の審決及び経済法の多数説が採用する立場である。⁽⁵⁾この見解は、自由競争秩序の維持それ自体を物神化することなく、独禁法は、資源の適正配分・効率の達成、私的経済力の抑止及び消費者利益の保護の達成を最終目的とするが、このような経済的目的を競争条件の維持という独禁法の固有の目的を通して間接的に達成しようとするものであると説く。この説によれば「公共の利益」は単なる宣言的意味しか有せず、「除外規定の中には、独禁法三条に違反しないことを単に確認する意味しか持っていないものがあり得ることまで否定するものではない」が、独禁法や特別法が認めるカルテルは、独禁法の目的とは別個の政策原理により立法者の判断により創設的に適用除外が定められたものということになる(適用除外創造説)。

第二の理念として、第一の理念とは逆に、中小企業は保護すべきであるという主張が考えられる。その根拠付け

の顯著なものは中小企業は大企業の収奪の対象であるとの主張である。⁽⁶⁾このような理念に表面的には近い見解として、独禁法学説では、「公共の利益」は単なる消費者の利益ではなく、生産者・消費者を含めた広い国民経済全般の利益であると解する説を挙げる⁽⁷⁾ことができる。この見解に従えば、独禁政策の実施が「公共の利益」の実現を阻害する場合もありえ、共同行為だけでは「公共の利益」に反したとは言えないから、独禁法上違法とするための立証すべき要件が「公共の利益」ということになる。しかし、この説は、上記理由付けと似て非なるものであつて、大企業に競争制限的経済活動を大幅に認めることを狙いとしたものであり、独禁法が継受したアメリカの反トラスト法（Antitrust laws）の歴史にも反する。上記理念に実質的に近い独禁法上の学説として、疑問がないではないが、「公共の利益」を経済的従属関係を規制する法の理念と解する説を挙げる⁽⁸⁾ことができる。この説は、独禁法を独占資本主義段階における経済的従属者に対する不当な権利侵害を除去し、経済社会における民主性の確保との関係で競争秩序の維持を考えていると把握する立場から、独禁法や特別法の定めるカルテルを、公共の利益に反しないカルテルを中心に、不当な取引制限に該当しないということを確信的に定めたものと理解する。もともと、この説は、「公共の利益」に反しないとするためには明文の適用除外規定を必要と解するので、結果的には「公共の利益」は訓示の意味しか有しないことになる。しかし独禁法を経済的従属関係を規制する法と解すべき根拠がないように思われる。

第三の考えは、自由競争秩序を前提としつつ、「活力ある多数」としての中小企業が活躍できるように経済環境を整えてやれば、結局は自由競争秩序の維持に貢献することにもなるからその限りで中小企業に対する施策を講ずればよいという見解である。⁽⁹⁾独禁法学説でこの理念に対応する学説は、「公共の利益」を、自由競争秩序そのもの

を指すのではなく、自由競争を維持することによってもたらされる「一般消費者の利益の確保」ならびに「国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」(独禁法一条参照)であると解する説であろう。しかし、この説は、「公共の利益」を単なる訓示の規定と解する説(a説⁽¹⁰⁾)と「公共の利益」を違法阻止事由と解する説(b説⁽¹¹⁾)に分かれ、さらに、a説は、適用除外創造説を支持する説(a₁説⁽¹²⁾)と、独禁法や特別法が認めるカルテルなどは、独禁法の存在にも拘わらず、合理的存在を有するものであるから公共の利益に反しないとする説(a₂説⁽¹³⁾)に分かれる。b説は、適用除外を本質的適用除外と例外的適用除外に分け、本質的適用除外については、本来違法性が阻却されうる理由が存在するから立法されるのであって、適用除外立法が制定されたから違法となくなると考えるのは論理の逆立ちである。本質的適用除外は、独占企業や企業連合に対する正当防衛として、違法性が阻却されることを単に確認したに過ぎないのに対し、合理化カルテルや不況カルテル等は、国家の臨時的な経済政策的観点から、必要悪として、一時的に且つ最少限度で適用除外を創設したものと主張する。a₂説もb説とほぼ等しい主張をしている。最高裁も、本質的適用除外か例外的適用除外か区別していない点及び論理構造によらず改正の経過等から結論を導き出す点においてb説と違いはあるが、「独禁法の立法の趣旨・目的及びその改正の経過などに照らすと、同法二条六項にいう「公共の利益に反して」とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益を比較衡量して、「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達を促進する」という同法の究極の目的(同法一条参照)に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう「不当な取引制限」行為から除外する趣旨と解すべきであ(る)」⁽¹⁴⁾としてb説を採用している。b説に従えば、自由競争の維持が原則である

から、違法性阻却事由の立証責任は事業者側にあるということになる。

a₂説及びb説に対しては、一方で競争秩序を「公共の利益」と解しておきながら、他方では「公共の利益」を経済的弱者の利益に反しない限度で違法性が阻却されると解することにより、同一規定である「公共の利益」に次元の異なる二つの意味内容を与え、論理的矛盾をおかしているとか、共同行為を禁止することによって実現される「公共の利益」と当該共同行為を許容することによって実現される「公共の利益」とを比較衡量することは現実に不可能である等の批判⁽¹⁵⁾がなされていることは周知の通りである。

以上の学説の整理から、次のことが指摘できよう。第一に、経済法の分野では、中小企業なるが故に保護すべきであるという理念を採用する学説はない。独禁法を経済的従属関係を規律する法と考える前述の学説も、独禁法は、経済的支配者に対して統制を加えることが、経済的従属者である中小企業の対等取引の権利を保護することになると考えるのであって、自由経済秩序を当然の前提としている⁽¹⁶⁾。「公共の利益」を生産者・消費者を含めた広い国民経済全般の利益であると解する見解は中小企業の保護に結びつく可能性があるが、これは前述したように逆のことを狙った説である。第二に、独禁法の多数説は、第三の理念に立脚していないが、このことは第三の理念を否定する意味を含んでいない。多数説は、独禁法の存在自体が消極的にはあるが中小企業の保護に資するものであり、独禁法の目的はこれにつきるとするものである。第三に、独禁法を自由経済秩序の保護に限定するか否かの解釈論上の争いは、適用除外を独禁法の関連でどのように説明するかという問題と適用の明確性の維持の問題が絡んだ法解釈の問題であって、⁽¹⁷⁾中小企業に対する施策とは無関係である。中小企業に対する施策は、中小企業基本法とその施策を具体化した個別の法律に委ねられており、個別の法律の中にはカルテル以外にも自由競争秩序維持の理念と

衝突する規定が散在している。それにも拘わらずカルテルに限って議論がなされるのは、独禁法二条六項という枠のためであり、それ以外は議論の射程外である。換言すると中小企業法の理念は第三の理念であると言ってよい。そこで中小企業法の体系化のためには中小企業に関する施策を実施する個別の法律で規定されているカルテル以外の規制もを独禁法との関連で洗いなおして見る必要がある。議論の前提として、中小企業庁と中小企業基本法につき簡単な考察を加えることにする。考察は前述の主張を裏付ける。

(二) 中小企業庁と中小企業基本法の存在

中小企業の行政事務を統括する官庁として中小企業庁設置法（昭和二十三年七月二日法律八三号）により中小企業庁が設置されている。この行政庁は、戦後の中小企業政策の空白を埋め、その後の中小企業政策の要となる点で重要である。同法一条は、「この法律は、健全な独立の中小企業が、国民経済を健全にし、及び発達させ、経済力の集中を防止し、且つ、企業を営もうとする者に対し、公平な事業活動の機会を確保するものであるのに鑑み、中小企業を育成し、及び発達させ、且つ、その経営を向上させるに足る諸条件を確立することを目的とする」と規定していることから窺えるように、原始独禁法と同じく経済民主化路線の延長線上のものであった。⁽¹⁸⁾それ以後中小企業基本法が制定されるまでの間の政策は対症療法の積み重ねであったといつてよい。

昭和三八年には中小企業法の憲章であるところの中小企業基本法（昭和三八年法律一五四号）が制定され、施策は体系化されるに至る。同法はその後昭和四八年と五八年に極めて部分的な改正を受けている。同法は、その前文において、「中小企業の経済的社会的使命が自由かつ公正な競争の原理を基調とする経済社会において、国民経済

の成長と国民生活の安定向上にとって、今後とも変わることなくその重要性を保持していくものと確信する」とし、同法の政策目標を一条で「国民経済の成長発展に即応し、中小企業の経済的社会的制約による不利を是正するとともに、中小企業の自主的な努力を助長し、企業間における生産性等の諸格差が是正されるように中小企業の生産性及び取引条件が向上することを目途として、中小企業の成長発展を図り、あわせて中小企業の従業者の経済的社会的地位の向上に資することにあるものとする」と定めている。三条では個別の事項を列挙し、「政策全般にわたり、必要な施策を総合的に講じなければならない」と規定しているが、基本法はその施策を「中小企業構造の高度化等」（二章）と「事業活動の不利の補正」（三章）の二つに分けている。そして事業活動の不利の補正は、下請取引の適正（一八条）等のように大企業の優越的地位の濫用を防ぐ競争促進的施策と「過度の競争の防止」（三条五号・一七条）、「事業活動の機会の適正な確保」（三条七号・一九条）及び「輸入品との関係の調整」（二二条¹⁹）といった競争制限的施策が混在して規定されている。

（三） 独占禁止法と中小企業法

（イ） 中小企業カルテル

独禁法はカルテルを原則的に禁止しているが（同法三条）、その例外として適用除外が規定されている。それは、①独禁法自体に定めがあるもの（同法二二条乃至二四条の四）、②私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の適用除外等に関する法律（昭和二年法律一三八号。以下適除法という。）に基づくもの及び③個々の法律で独禁法の適用除外を明記するものの三つに分類することができる。平成三年六月には独禁法の適用除外制度は四二

法律に基づく六八制度あり、適用除外カルテル制度は三七法律に基づく五六制度とその大部分を占めていた。これらの大部分は当時の政策課題に対応するために昭和二〇年代から三〇年代前半に制定されたものである。このことは、独禁法がアメリカの占領に伴って導入され法律であるとの意識のほか、産業政策との関係で独禁政策が危険に晒されてきたことの反映でもある。日本の経済システムを西欧型の経済システムに同化させる要求は、アメリカの対日大幅赤字もあって、日米構造問題協議(SIT)となつて現れた。平成二年六月の最終報告書は、独禁法の運用強化を行うこととし、独占禁止法適用除外制度については、必要最小限度のものとし、競争政策の推進を図る観点から、改めてその必要性を検討するとともに、制度を維持するものにあつても、輸入取引及び投資を阻害するものがあればそれを始めとする適用除外制度の適用対象範囲の見直しを進める。輸入阻害に利用されるような不況カルテルを認めないものとする、と述べ、フォローアップ報告書でも同様の趣旨が繰り返して述べられている。平成三年七月には公取委から適用除外制度の見直しに関する政府規制等と競争政策に関する研究会報告書が公表されている。アメリカでは起業家精神が旺盛であるから協同組合がなく、企業を一投資形態と考えるから企業の廃止・売買が一般的であり、中小企業は大企業より能率的で、市場からの資金調達も可能であることなどから中小企業に対する考えがわが国とは異なるが、アメリカの主張はわが国の経済システムを西欧型経済システムに近づけようとする点で基本的には正当な主張であると考ええる。

適用除外カルテルのうち中小企業カルテルは、①中小企業者の競争力、対抗力を高めるためのもの、②中小企業の合理化を図るためのもの及び③中小企業者の経営の安定等を図るためのものに分類することができる。①の例として中小企業等協同組合法(昭和二四年法律一八一号。以下中協法という。)が認めるカルテルを、③の例として

は環境衛生関係営業の運営の適正化に関する法律（昭和三十二年法律一六四号。以下環境法という）が認めるカルテルを、②及び③の例としては中小企業団体の組織に関する法律（昭和三十二年法律一八五号。以下中団法）が認めるカルテルを上げることができる。

(a) 中協法の規制

中協法は、中小企業基本法一七条に應えるものであり、「中小規模の……事業を行う者、勤労者その他の者が相互扶助の精神に基づき協同して事業を行うために必要な組織について定め、これらの者の公正な経済活動の機会を確保し、もってその自主的な経済活動を促進し、且つ、その経済的地位の向上を図ることを目的とする」法律である（中協法一条）。中小企業等協同組合と中小企業団体中央会の根拠法である。中協法五条は、ロッチデール原則（協同組合原則）を表明し、その二項は、中小企業協同組合の基準として、相互扶助の目的、加入脱退の自由、議決権・選挙権の平等、組合の剰余金の配当は定款で定める限度内であるべきことを法定している。この要件は、独禁法二四条各号と重複する。即ち、独禁法二四条は、このような「要件を備え、且つ、法律の規定に基づいて設立される組合（組合の連合会を含む。）の行為」には、独禁法が適用されないと規定する。独禁法が定める法律に該当するものには、このほか水産業協同組合法、森林組合法、消費生活協同組合法、農業協同組合法などがあるが、これらを含めた協同組合の独禁法の適用除外の理由付けは、小規模事業者による団体の結成・組織化⁽²³⁾によって、初めて大企業と対等の交渉が可能となり、大企業に対する有効な競争単位となるからであると解されている。従ってこれは独禁法を積極的に支えるものとして本質的ないし本来的適用除外であるが、対大企業との関係を前提とするものであって、対消費者との関係で価格協定等の競争制限行為を行う場合には当然に独禁法の適用がある（独禁法二四条

但書)。

他方、適除法二条は、独禁法八条の規定は「左に掲げる団体に対しては、これを適用しない」と規定しているが、中協法上の協同組合については、生協法及び農協法に基づく協同組合と異なり独禁法の二四条各号に掲げる「要件を備え」ることが適用除外の前提とされている(適除法二条一項、二条二項対照)。これは、中小企業等協同組合の場合、中規模の事業者も組合員となりうる場合があるからであり、そのため、中協法七条一項は、小規模事業者が組合員となつてゐるときは、独禁法二四条一号の要件を備えた組合とみなし、そうでない事業者が組合に加入した場合公取委に届け出るべきものとし、独禁法二四条一号の組合に該当するか否かの判断を公取委に委ねている(適除法七条二項・三項)。また、公取委は「常時使用する従業員の数が百人をこえるものが実質的に小規模の事業者でない」と認めるときには「その者を組合から脱退させることができる」とされている(中協法一〇七条・一〇八条)。大企業の参加は協同組合制度を変質させる虞があるからである。

(b) 中団法の規制

中協法と異なり、中団法はかなり問題を含んだ法律である。中団法は協業組合、商工組合及び商工連合会の根拠法である。上記協同組合ではカルテルを強制できないので、不況克服のため、昭和二十七年に二年間の時限立法として制定されたのが「特定中小企業の安定に関する臨時措置法」であり、これはその後のカルテルの許容立法の原型をなした。昭和二十八年には「中小企業安定法」として恒久法化され、その後同法に代わつて、業種も工業から全ての業種に拡大されて制定されたのが中団法である。昭和三十七年の改正で、不況カルテルのみならず合理化カルテルが認められ、昭和三十九年の改正では貿易の自由化や技術革新の進展に伴つて増大すると予想される中小企業分

野への大企業の進出に対処するため特殊契約の締結が認められ今日に至っている。

商工組合は、「競争が正常の程度をこえて行われているため、その中小企業者の事業活動に関する取引の円滑な運行が阻害され、その相当部分の経営が著しく不安定となっており、又はなされるおそれがある場合には」、カルテル（安定事業）を実施することができ（一七条一項四号）、「経営の合理化を遂行するため特に必要である場合」においてもカルテル（合理化事業）を実施できる（同五号）。このためには調整規程の主務大臣による認可を受けなければならず（一八条）、認可にあたつては公取委の同意・協議を得ることが必要とされている（九〇条一項・二項）。調整規程及びこれに基づいて行われる行為は原則として独禁法の適用除外である（八九条）。また、商工組合の全国組織たる商工組合連合会も、安定事業又は合理化事業の統一的基準である総合調整規程を、同様の手続の下に設定し、実施することができる（三二条・八九条・九〇条）。

商工組合の安定事業だけで不況事態を克服できないときにアウトサイダーに対して主務大臣は、商工組合への加入命令を発することができ（五五条）、商工組合及び同連合会が行う安定事業又は合理化事業のみでは事態等を克服できないときには、事業活動規制命令を命ずることができる（五六条・五六条の二・五七条・五七条の二）。主務大臣はこれらの命令をしようとするときには公取委に協議することが必要である（九〇条二項）。主務大臣は、「特に必要があると認めるときは」、安定事業に関する事業活動規制命令の有効期間中に限り、さらに地区内における物の生産の設備の新設制限・禁止を命ずることができる（五八条）。

また、商工組合及び連合会は、組合員資格を有する者と安定事業又は合理化事業に関する組合協約を締結することができ、主務大臣の認可を受ければ効力を生じる（二八条一項・三三条）。アウトサイダーは交渉に応ずること

を要し（二九条一項）、主務大臣は特に必要と認めたときには締結に関する勧告をすることができる（三〇条）。認可には公取委の同意が必要である（九〇条）。認可を受けた組合協約とそれに基づく行為は適用除外となる（八九条）。さらに、一定の商工組合及び連合会は、中小企業者以外の者が「大規模な事業の開始」又は「大規模な拡大」をすることが、「急速に」一七条一項四号に掲げる「事態を生じさせ、又は現に生じている事態を悪化させ、その地区内において事業を営む中小企業者の経営の安定に著しい悪影響を及ぼすおそれがあるときには」、期間を定め、特殊契約（事業の開始・拡大の停止、計画の変更に関する契約）を締結することができる（一七条七項・三三条）。特殊契約は主務大臣の認可を要し（三〇条の二）、認可には公取委の同意をえなければならず、同意を得れば独禁法の適用除外となる（八九条・九〇条）。中小企業者以外の者は、商工組合又は連合会の代表者が特殊契約締結の交渉を申し出れば、交渉に応じなければならず（三〇条の三）、主務大臣はあつせん又は調停を行う（三〇条の四）。以上が中団法の内容である。

中団法の問題点として以下のことを指摘できる。⁽²⁵⁾ 第一に、商工組合には協同組合と異なり、大企業が加入する途が開かれている（中団法一二条参照）。第二に、独禁法の不況カルテル（二四条の三）が任意加入であるのと異なり、中団法の過度競争防止カルテルは加入命令、事業活動規制命令及び生産設備新設制限・禁止命令が認められている点で強制的で、戦前の考えと通ずるものがある。合理化カルテルも事業活動規制命令が認められている点で独禁法の合理化カルテル（二四条の四）より競争制限の程度が強い。第三に、中団法の過度競争防止カルテルの認可要件は、独禁法の不況カルテルのための認可要件より緩い。第四に、組合協約や特殊契約は、消費者利益を阻害し、既存企業の技術開発意欲を阻害することから、過渡的政策としてはともかく、独禁政策上好ましいものとは言えない。

カルテルは、消費者利益を阻害し、産業の活力を阻害し、協調的体質を醸成し、低生産性部門をいたずらに温存させることから、その利用が長期化する悪循環に陥いることは周知の通りである。²⁶⁾ ねん糸製造、綿スフ、タオル及び絹人絹織物の分野で昭和二九年以来安定事業や事業活動規制命令が続いてきたことはこのことを如実に示している。その意味で、平成五年度末における中団法に基づく共同行為の件数は七業種九〇件（四年度末は一〇業種一四七件）で、すべて安定事業であり、合理化事業は行われておらず、平成五年度末に発動されている事業活動規制命令は六件であるが、いずれも減少傾向にある（『平成五年版公正取引委員会年次報告書』一八一—二頁）ことは好ましい傾向である。また、特殊契約が結ばれた例はないと言われている。²⁷⁾ その結果独禁法上疑問の多い分野調整法が中小企業者側の政治運動によって制定されることになるのは後述する通りである。

(c) 環境法の規制

環境法は、当時の環境業を取り巻く社会情勢による劣悪な衛生状態に置かれた施設の乱立という状態から、中団法と時期を同じくして昭和三二年に議員立法により成立した法律であるが、昭和三七年に改正され、適正化規程の設定要件に「過当の競争」による「衛生阻害」のほかに「健全経営維持の困難」が並列要件として付加され、昭和三九年の改正では、中団法との比較の関係でアウトサイダーとの組合協約の締結と特殊契約の締結が認められ、今日に至っている。この意味において環境法は中団法と同じ性質の法律である。

環境法は、環境衛生関係の営業——飲食店業、喫茶店業、食肉販売業、永雪販売業、理容業、美容業、映画・演劇・演芸に係る興業業、旅館業——について環境衛生同業組合、小組合及び連合会の設立を認め、環境衛生同業組合に「当該業種における過度の競争により、組合員が適正な環境衛生を講ずることが阻害され若しくはおそれがあ

り、又は組合員の営業の健全な経営が阻害され若しくは阻害されるおそれがある場合における料金又は販売価格の制限」と「営業方法の制限」に関する事業を行うことを認める（八条一項一号・二号）。適正化規程の厚生大臣による認可のためには（九条）、中団法と異なり公取委と協議することが必要である（二三条一項）。適正化規程とそれに基づいて行う組合員の行為は独禁法の適用除外である（二〇条一項）。連合会の適正化基準も、同様の手続の下で設定し、実施することができる（五四条及至五六条）。

組合及び連合会はアウトサイダーと組合協約を締結でき、厚生大臣の認可があれば効力を生じる（一四条の第一項・五六条）。認可協約及びこれに基づく行為は独禁法の適用除外となる。認可は同じく公取委との協議事項である（同三項・五六条）。組合及び連合会は、アウトサイダーに適正化規程に関する組合協約の交渉、大企業者には取引条件に関する組合協定の交渉を申し出ることができ、被申込者はこれに応じる義務を負う（一四条の一一・五六条）。厚生大臣は、中団法と異なりあつせん及び調停を行う（一四条の一二・五六条）。組合及び連合会は大企業者と特殊契約を締結することができることは（八条五項）、厚生大臣の認可に公取委との協議を要する点を除き、中団法の規制と同じである（一四条の二三・一四条の一四・一四条の一五・五六条）。

適正化規程が実施された場合、アウトサイダーの事業活動により、「当該営業の健全な経営が阻害されている事態が存し、かつ、このような事態を放置しては適正な衛生措置の確保又は当該営業の経営の維持に支障を生じると認めるときは」、「組合の申出」により、厚生大臣はアウトサイダーに対し料金・販売価格、営業方法の改善勧告をすることができ（五六条の六）、上記のような事態が存し、「かつ、このような事態を放置しては適正な衛生措置の確保又は当該営業の経営の維持にはなほだしい支障を生じると認めるときに限り」、省令をもって、料金・販売価格、

営業方法の制限を定め、当該営業者の全てに対して、これに従うべきことを命ずることができる（五七条）。違反の効果は営業の停止命令である（五七条の二）。

適正化規程の利用実態を見ると、五八年には六業種一二三件であったものが（昭和五八年版公正取引委員会年次報告書二四四頁）、六二年には四業種七六件に減少し（同昭和六二年版一三〇頁）、平成二年以降は理容業の一業種三六件という状態が続いている（同五年版一八七頁）。環境法については制定当時から批判があり、最近でも批判があるところである⁽²⁸⁾。

（ロ） その他の競争制限的規制

その他の競争制限的規制として小売商業調整特別措置法（昭和三四年法律一五五号。以下商調法と言う。）、大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律（以下大店法と言う。）及び中小企業の事業活動の機会の確保のための大企業者の事業活動の調整に関する法律（昭和五二年法律七四号。以下分野調整法と言う。）が定める規制を上げることができる。

（a） 商 調 法

商調法は、「小売商の事業活動の機会を適正に確保し、及び小売商業の正常な秩序を阻害する要因を除去」（一条）することを目的とした法律である。次の三つが規制の内容である。

（イ） 従業員のために購買会事業を行う者の員外利用に対する都道府県知事の禁止命令（二条）。これは不当な制限とは言えない。

(ロ) 政令で指定する市内の建物については、都道府県知事の許可を受けた者でなければ、小売市場とするため、その建物を小売商に貸付・譲渡することが禁止されている(三条)。不許可の基準の一つは、過度の競争により中小小売商の経営が著しく不安定になるおそれである(五条一号)。違反には両罰規定(二二条、二四条)が置かれていることから、憲法二二条に反するとの訴訟が提起され、そのうち一件は最高裁まで上告されたが、合憲とされている。⁽²⁹⁾

(イ) 中小小売商団体は、その構成員の相当数の中小小売商の経営の安定に「悪影響」を及ぼすおそれがある大企業者の事業(大店法上の大規模小売店舗において行われるものを除く)の進出・拡大計画を都道府県知事に調査するよう申し出ることができる(一四条の二)。都道府県知事は、中小小売商と製造業者・卸業者等との間で生じた一般消費者に対する販売に関する紛争につきあつせん・調停をし(二五条)、特に必要があると認めるときは必要な勧告をすることができる(二七条)。主務大臣も必要な勧告をすることができる(二八条)。中小小売商団体は、大企業の事業の開始・拡大に関し一五条に該当する紛争が生じた場合、その構成員の相当数の中小小売商が販売している物品の需要の減少により、経営の安定に「著しい悪影響」を及ぼす事態が生じるおそれがあると認められるときは、あつせん・調停が行われている場合を除き、都道府県知事に調整勧告を申し出ることができる(一六条の二)、知事は「事態の発生を回避することが困難であり、かつ、当該事態の発生を回避することにより中小小売商の事業活動の機会を適正に確保する必要があると認められるときは」、開始・拡大時期の繰り下げ又は規模の縮小の調整勧告をする(一六条の三)。それまでの応争措置として一時停止勧告をすることもできる(一六条の四)。調整勧告に従わない企業があるときには、公表し、それでも勧告に従わない場合において、「中小小売商団体の構成員たる

中小小売商の相当部分の事業の継続が著しく困難となるおそれがあると認められるときは」、調整命令を執る（一六条の五）。主務大臣も、都道府県知事からの申出があり、必要があると認めるときは、一時停止勧告、調整勧告又は調整命令を執ることができる（一六条の六）。一四条の二、一六条の二乃至一六条の五は昭和五二年改正で追加された規定である。

（イ）の規制は若干の相違があるが、次に述べる大店法及び分野調整法と余り変わらない内容である。大店法の補助法という位置づけができればよい。

（b）大店法

大店法（昭和四八年法律一〇八号。米国ではこの法律は Large Scale Retail Store Law と呼ばれている）は「消費者の利益の保護に配慮しつつ、大規模小売店舗における小売業の事業活動を調整することにより、その周辺の中小小売業の事業活動を適正に確保し、小売業の正常な発達を図り、もって国民経済の健全な発展に資することを目的（³¹）（一条）とした法律である。日米構造問題協議で痛烈な批判を受けたが、日本案に沿った形で決着を見た。最終報告では、第一段階として、平成二年五月に運用の適正化で出店調整期間を一年半以内に短縮し、輸入品売場に対しては特例措置を講じた上、第二段階として、大店法の改正を行い（これは平成三年法律八〇号で実施された。）、第三段階として、改正後二年以内に実施状況を見て見直しが行われることにされている（平成三年附則一条）。大店法の改正と同時に「輸入品専門売場の設置に関する大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律の特例に関する法律」（平成三年法律八一号）が制定されている。法律が改正されるまでの経緯を紹介した文献は多い（³²）ので、詳細はこれに譲り、要点だけを紹介すると以下の通りである。

大店法の前身は昭和三一年制定の百貨店法（法律一一六号）である。百貨店法の目的は「消費者の利益の保護に配慮しつつ」の部分がない点など若干の相違があるに過ぎず、百貨店の営業（三条）、店舗の新設・増設（六条）が許可制である点及び政令で閉店時刻と休業日（午後六時閉店・休業月間二日（政令指定都市四日））が定められていた点（八条）を除けば大店法と大きく変わらない内容のものであった。当時の新興のスーパースーパーは、企業単位の店舗の新設・増設を許可制にしている百貨店法の網の目を、店舗の各階ごとに別会社のテナントを入れるなどしてくぐる戦略を展開した結果、スーパースーパーも規制に入れるべく、大店法の制定と引き替えに百貨店法は廃止された。大店法は、個別の店舗面積が一、五〇〇平方メートル（都の特別区と指定都市の区域内では三、〇〇〇平方メートル）以上のものを新設又は増設する者に通産大臣に対する届出義務を課すと共に（三条一項³³）、建物の設置者とそこで小売業を営む者は異なる場合が多いことから、小売業を営む者には三条の届出とは別に開店日の四月前までの通産大臣に対する届出義務を課した（五条一項）。三条の届出の公示から六月を経過しなければ営業をすることができず（四条）、通産大臣は、五条に基づく届出後、周辺の中小小売業に相当影響を及ぼすか否かを審査し、影響があると認めたときには、大規模小売店舗審議会（大店審）の意見をきいて、三月以内に限り、開店日の繰り下げ、又は店舗面積の減少を勧告することができるとされ（七条一項）、開店及び休日も開店日までに届出義務が課され、変更勧告も法定された（九条）。しかし、大店審が意見を定めるためには、その地区の商工会議所等の意見をきかなければならないことになっていたが（七条二項）、消費者の意見は弱く、届出前に地元と話し合うようにという行政指導と相まって、運用は大規模小売店舗に厳しくなっていく、大店法以外の規制を条例や要綱によって行う自治体も増えていった。昭和五二年には分野調整法が制定され、五三年には商調法改正と共に大店法の強化の改正も

行われた（法律一〇五号）。改正大店法では、従来の規制を第一種大規模小売店舗に適用すると共に、店舗面積が五〇〇平方メートルを超えるものは第二種大規模小売店舗とし、後者は都道府県知事に届け出るものとされた（改正二条・三条）。法律の建て前では、依然として調整は五条の届出後になされるべきものとされていたが、実際は、行政指導と自治体の規制により先取りされて出店計画の説明の場が出店調整の場となり、法律には規定のない事前説明と事前商業活動調整協議会（商調協）の審議が事実上の手続となった。即ち、地元小売業者の利益が事実上の判断基準となり、当該地域の小売市場における競争の如何とは全く無関係な基準によって判断が行われるようになった。⁽³⁴⁾ 変更勧告の取消を求める訴訟なども周辺小売業者から起こされた。⁽³⁵⁾ このような風向きが変わりだしたのは六一年三月の物価安定政策会議の報告書以後である。平成元年六月に産業構造審査流通部会と中小企業政策審議会流通小委員会合同会議で纏められた「九〇年代の流通ビジョン」⁽³⁶⁾ では、「我が国の小売構造が、多数の中小零細な店舗が高密度に存在するという特質を有している現状を考慮すれば、大店法の出店を全く自由にした場合、地域社会に大きな混乱をもたらすおそれがあり、したがって、……大店法の枠組み自体は、これを維持する」が、「出店調整制度の運営については、……その本来の趣旨から逸脱した運営実態を適正化する観点から改善を図る必要がある」とし、平成二年一二月に纏められた「大店法改正及び今後の小売商業対策の在り方について」という中間答申では出店調整処理期間を全体として一年以内とするなどの具体的提案を行った。⁽³⁷⁾ これを受けて平成三年の改正は、手続の明確化・透明性の確保の観点から、商調協を廃止し、大規模小売店舗審議会及び都道府県大規模小売店舗審議会が、消費者等の意見を自ら聴取する制度に改めた。なお平成五年にも改正が行われている。

諸外国の出店規制は土地利用計画ないし都市計画の観点からのものである。⁽³⁸⁾ この点からもわが国の特殊性が目

付く。運用の逸脱は法治主義の観点からも好ましいものではない。

(c) 分野調整法

この法律は、「中小企業者の経営の安定に悪影響を及ぼすおそれのある大企業者の事業の開始又は拡大に関し、一般消費者等の利益の保護に配慮しつつ、その事業活動を調整すること」(一条)を狙ったものである。五八年改正で都道府県をこえない中小企業団体の申出は知事を経由すべきとされている。その内容は商調法の前述したいと同じであるが、小売商という限定がない点で包括的である。即ち、中小企業団体は、当該「団体の構成員たる相当数の中小企業の中小企業者の経営の安定に悪影響を及ぼすおそれのある」「同種の事業に」大企業が「事業の開始又は拡大の計画を有していると認められるときは」主務大臣に調査を申し出ることができる(五条一項)。次いで、団体は、上記計画が「中小企業の経営の安定に著しい悪影響を及ぼす事態が生じるおそれがあると認めるときは」、調整勧告を主務大臣に申し出ることができ(六条一項)、主務大臣は、六条一項の「事態の発生を回避することが困難であり、かつ、当該事態の発生を回避することにより、中小企業の事業活動の機会を適正に確保する必要があると認めるときは、中小企業分野等審議会の意見を聴いて」事業の開始・拡大の時期の繰り下げ又は事業規模の縮小を勧告する(七条一項)。勧告が行われるまでの間の応急の措置として一時停止勧告もできる(九条)。主務大臣は、審議会の意見を聴いて、中小企業団体に必要な指導を行う(一〇条)。大企業が勧告に従わないときは、公表され(七条三項)、公表後にも勧告に係る措置が執られない場合には主務大臣は調整命令を命ずることができる(一条一項)。

分野調整法が制定されたのは、四〇年代から異業種大企業による中小企業分野への進出と、行政指導によるその

阻止の不可能性に対する中小企業団体側の不満に基づく政治運動の結果であった。⁽³⁹⁾その際主張された理論的根拠は、営業の自由といっても、大企業のワンサイド・ゲームであるから生活権を守るため進出を規制するのは憲法の精神にそう。中小企業の分野に大企業の進出を認めることは経済の寡占化をより進めることになる。消費者の利益といっても大企業の利益であり、それは画一的なサービス・商品をもたらす。価格の面だけでなく質の面で消費者利益を論じるべきであるとの三点であった。しかし、選択は消費者に委ねられるべきものであって、事前に分野を分けるということは独禁政策に馴染むものとは言えない。

三 結 び

中小企業法の理念は、自由競争秩序を前提とし、活力ある多数としての中小企業が活躍できるような経済環境を整えることであると主張した。しかし、独禁法は自由競争秩序の維持のみを直接の目的とする法であると解する独禁法学説の多数説を支持した。この見地から、六つの中小企業に関する法律を検討し、競争阻害的效果を有する規定の内容を明らかにした。今日の日本経済システムは、世界経済の広がりの中で西欧型システムへの移行が要求されているのであり、農業の二の舞にならないためにも、それに応えることが必要であると考ええる。

(1) 中小企業庁『平成六年度版中小企業白書』附属統計資料、労働時間や休日については中小企業庁編『九〇年代の中小企

業ビジョン」資料編Ⅱ参照。

(2) 公衆浴場法違反被告事件（最判（大）昭和三〇年一月二六日刑集九卷一号八九頁）の上告理由にならばこのような見解にならう。

(3) 石井幸一「独占独禁法の基本問題」財政経済弘報九〇二号一頁参照。

(4) 判例は、営業の自由を基本的人權の一つとした上で、その制限が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、合憲性の判断のため規制の必要性と合理性を厳格に解するのに対し（最判（大）昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁（棄事法を違憲と判示）、積極的に経済政策あるいは社会政策の実施の手段としてなされるときには、立法府に広い裁量を認めている（最判（大）昭和四七年一月二二日刑集二六卷九号五八八頁（小売商業調整特別措置法を合憲と判示）、京都地判昭和五九年六月二九日判例タイムズ五三〇号二六五頁（蘭糸価格安定法を合憲と判示）、横浜地判昭和六三年三月九日判例タイムズ六七二号二二九頁（酒税法を合憲と判示）。これに対し営業の自由を反独占であり公序であるとする説も唱えられている（岡田与好「独占と営業の自由」（木鐸社、昭和五〇年）、小島康裕「市場経済の企業法」（成文堂、平成六年）二三頁以下など）。この問題の検討は、別稿に譲る。

(5) 実方謙二「独禁法における公共の利益」『公正取引』一三二号一八頁、小原喜雄「独占禁止法の「公共の利益」」『ジュリスト』四四七号七二頁、根岸哲「独禁法適用除外規定の位置づけ」『公正取引』一三〇号二〇頁など。

(6) 中小企業論においてマルクス経済学の立場に立つ者は、独占資本主義段階の大企業体制のもとでは中小企業は、独占的大企業による独占利潤獲得のための収奪対象であるから、労働者階級の組織化と、中小零細企業経営者の民主的な組織化が重要であると説く（巽信晴「大企業体制と中小企業の理論」巽信晴・佐藤芳雄編『新中小企業論を学ぶ』（有斐閣、昭和六三年）二七四頁以下、福島久一「中小企業の類型化」車戸實編『中小企業論』（八千代出版、昭和六一年一二四頁）。

加藤誠一「独占禁止政策の本質と中小企業政策」『産業構造転換と中小企業（山中篤太郎先生追悼論文集）』（有斐閣、昭和五九年）三七頁以下は、中小企業者は独禁法に被害者意識を有しており、わが国の中小企業のように大企業との規模格差の大きいところでは大企業に対する厳しい規制だけでは不十分であり、中小企業政策が重要であるという。

- (7) 昭和三三年独占禁止法審議会答申及び「（研究会）独禁法審議会答申を検討する」『ジュリスト』一五〇号六頁（芦野弘発言）。

- (8) 正田彬「適用除外カルテルの性質」『独占禁止法講座Ⅲ』（商事法務研究会、昭和五六年）一七七頁、丸山稔『経済法講義（増補改訂）——戦後中小企業法の展開』（中央経済社、昭和五六年）一一頁注四。

- (9) 中小企業論では清成忠夫『中小企業』（日本経済新聞社、昭和六〇年）四四頁など。中小企業庁の立場でもある（『平成六年版中小企業白書』三三四頁）。平成五年の中小企業政策審議会基本施策検討小委員会中間報告『中小企業政策の課題と今後の方向』（四〇—四一頁）もこの立場を採用している。

- (10) 谷原修身『現代独占禁止法要論（改訂版）』（中央経済社、平成五年）九五頁など。

- (11) 丹宗昭信「独禁法二条五項・六項について」『労働法と経済法の理論（菊池勇夫教授六〇年祝賀論文集）』（有斐閣、昭和三五年）七五三頁以下、同「私的独占の禁止」『独占禁止法講座Ⅱ』（商事法務研究会、昭和五一年）六七頁以下。

- (12) 谷原・前掲書二五〇頁。

- (13) 今村成和『独占禁止法（新版）』（有斐閣、昭和五三年）八六頁。

- (14) 最判昭和五九年九月二九日判例時報一一〇八号三頁。最判は同旨である東京高判昭和五五年九月二九日判例時報九八五号三頁を支持する。

- (15) 横田直和「石油カルテル判決における「公共の利益」の検討」『公正取引』三六七号四二頁など。
- (16) 正田彬「独占禁止法研究Ⅱ」(同文館、昭和五一年)一四四頁以下、同「大規模小売業者と競争秩序——大規模小売店舗法の問題点」『公正取引』四四八号八頁。
- (17) 私は、法的明確性を重視する多数説を支持する。そもそも昭和二八年の法改正による不況カルテルの導入は、産業界等との妥協の産物として独禁法外の体系外から導入されたものであるから、その導入に伴い不当な取引制限の解釈を変更する必要はない。また、独禁法が究極目的と掲げている趣旨は、自由競争によってもたらされる成果を確認する意味を有している」と解しうるのであつて、究極目的も直接目的によつて内容が限定されるから、究極目的が直接目的違反を例外的に違法阻却とする事由にはなりえない。
- (18) 渡辺俊三「中小企業政策の形成過程の研究」(広島修道大学総合研究所、平成二年)七一頁、中村秀一郎・秋谷重夫・清成忠夫・山崎充・坂東輝男著『現代中小企業史』(日本経済新聞社、昭和五六年)三四頁など参照。
- (19) 輸出の振興・輸入の調整は、輸出取引法と輸出中小企業製品統一商標法に関係するが、前者は中小企業が対象ではない。後者は、商工組合等が作成した統一商標規程を主務大臣が認定し、認定団体から認定商標の使用の許諾を受けた者は、検査を受け、合格すると、表示をしてもらうようにすることによつて輸出の振興を図つた法律であり、競争政策と無関係である。通産省は、品質が向上したこと及び規制緩和の趣旨から、後者を輸出検査法及び輸出品デザイン法とともに一九九七年末までに廃止する方針を決めた」と報道されている(平成六年四月一日付け日本経済新聞)。
- (20) 通商産業調査会編『日米構造問題協議最終報告』(通商産業調査会、平成二年)一〇〇頁、一二六頁。
- (21) 公正取引委員会事務局編『政府規制等と競争政策に関する研究会報告…独占禁止法適用除外制度の現状と改善の方向——適用除外カルテル・再販売価格維持制度の見直し——』。石田英遠「独禁政策強化の波を乗り切る(アメリカ独禁法

とわが国公取行政変貌のなかで」(中央経済社、平成六年)一五七頁は、適用除外の三分の二が、公取委と関係のない各行政機関の所管であることから、提言の実行の困難性を指摘している。

- (22) 長島俊男『アメリカの中小企業経営』(同友館、平成元年)、フランス・銀行金融事情研究所編(国民金融公庫調査部監訳)『先進国の中小企業と金融』(中小企業リサーチセンター、平成三年)一四六頁以下参照。合衆国中小企業庁(SBA)作成の『アメリカ中小企業白書』(The States of Small Business: A Report of the President)が毎年中小企業事業団訳で同友館から出版されているので同時に参照されたい。

- (23) 実方謙一『独占禁止法』(新版) (有斐閣、平成四年)四〇〇頁、中小企業庁組織課編著『中小企業等協同組合法の解説』(ぎょうせい、平成三年)七八頁、塚田俊三『協同組合の活動と独禁法との関係について』『公正取引』三八八号二四頁など。それと同時に、小規模事業者の生活権を守り、ひいてはそこに雇用されている労働者の生存権の確保にも連なるからであると説く見解(舟田正之『協同組合と独占禁止法』、『独占禁止法講座Ⅲカルテル上』(商事法務研究会、昭和五六年)二〇一—二〇二頁)もある。

- (24) 中小企業団体中央会や従業員数が二〇人をこえない事業者である個人が相互扶助を目的として設立した団体であつて、構成事業者数が一名をこえないものなども独禁法八条の適用除外とされている(適除法二条二項の二・四項・五項)。

- (25) 鈴木満『中小企業立法と独禁政策』『ジュリスト』六二三号五七頁以下参照。

- (26) 植松勲『中小企業カルテルの運用状況と問題点』『公正取引』三九八号二〇頁など。

- (27) 松下満雄『中小企業分野調整法の法律問題』『ジュリスト』六二三号四七頁注八参照。

- (28) 野崎典重『環境衛生関係営業における適用除外カルテル』経済法学会編『独占禁止法講座Ⅳ』(商事法務研究会、昭和五七年)二二二頁以下参照。

(29) 他の一件は大阪高判昭和四四年六月七日高等裁判所刑事判例集二三卷二二五二頁である。

(30) 最(大)判昭和四七年一月二二日刑集二六卷九号五八六頁。

(31) 前掲『日米構造問題協議最終報告』六四頁以下参照。

(32) 杉岡碩夫『大店法と都市商業・市民』(日本評論社、平成三年)一二三頁以下、日本経済新聞社編『大店法が消える日』

(日本経済新聞社、平成二年)、草野厚『大店法経済規制の構造』(日本経済新聞社、平成二年)など。

(33) 大店法では、三条の届出後、通産大臣(又は都道府県知事)は調整がある旨の公示をし(三条二項)、届出がない場合において必要があると認めるときは、職権で調整がある旨の表示及び公示をすることができるとなっている(同三項)。

届出がないから、通産大臣は表示・公示すべきであるのに、これを怠っていると行政事件訴訟法三条五項の不作為の違法確認を求める訴訟も起こされた(名古屋地判昭和五四年七月一六日判例時報九五号四六頁、その控訴審として名古屋高判昭和五五年一月五日判例時報九九七号一〇一頁)。

(34) 正田・前掲『公正取引』四四八号一二頁。

(35) 通商産業大臣の変更勧告は営業活動の禁止の解除としての行政処分であるということを理由にその取消を求めた訴訟(東京高判昭和六〇年六月二四日判例時報一一五六号三七頁)のほか、大阪府が新住宅市街地開発法に基づいてダイエーに与えた賃借権の設定承認の取消を求めた訴訟(大阪地判昭和五三年七月五日判例タイムズ三七三三号一一一頁)、市長が指導要綱に基づき開発区域に共同住宅付大規模小売店舗を建設しようとする者に与えた建築承認処分の取消を求める訴訟(大阪地判昭和五八年九月二九日行政事件裁判例集三四卷九号一六八一頁)、大店法所定の手続を経て営業を営むイトーヨーカ堂に対し、近隣の商店街で小売商を営む者が憲法一三条及び二五条を根拠に「生業権」に基づく営業の差止めを求めた訴訟(横浜地判昭和五八年九月二六日判例時報一一〇五号八一頁)なども起こされた。

- (36) 通商産業省商政課『九〇年代の流通ビジョン』（通商産業調査会、平成元年）一六九頁以下。
- (37) 通商産業省産業政策局流通産業課『一九九二年度大規模小売店舗法の解説』（通商産業調査会、平成四年）二三五頁以下参照。
- (38) 石田祐幸「主要国にみる大型店の出店規制」『公正取引』四六二号一五頁以下、前掲『大店法が消える日』二二七頁以下掲載の諸論文参照。
- (39) 渋谷修「分野確保法」の制定運動と中小企業者の主張『ジュリスト』六三三号四九頁以下参照。