

講 演

韓国における経済行政法の理論・判例の動向*

金 泰昊 (Kim, Tae-Ho)**

権 奇 法 (訳)

- I. 序論
- II. 憲法上の経済秩序と経済規制の限界
- III. 経済行政法制の発展と幾つかの法理的争点
- IV. 終わりに

I. 序 論

1. 韓国の経済行政法の動向の比較法的意義

(1) 韓国と日本は、ともに対外貿易を重視する開放型市場経済体制を根幹としており、また、強力な経済官僚による経済行政と官主導の経済発展を推進してきた歴史を有している。このような点から、本稿で取り上げる経済行政法の規律対象となる両国の経済現象とその社会的背景はかなり類似しているといえる。勿論、世界経済に占める比重や大企業と中小企業との関係などの経済構造などにおいては相違するところがあり、また、経済関連立法と経済規制の実際の内容、経済行政作用に対する司法統制（憲法裁判所と法院を含む）の程度などは、両国の間に少なからぬ差異があることも事実である。以上のような状況にもかかわらず、経済行政法に関する韓国と日本の比較法的研究は、両国の法・経済体制の類似性の故、比較法研究の危険性、すなわちコンテキストが流失され意味をなくしてしまう危険性を最小化することができ、具体的な争点を直裁的かつ効率的に比較することができるというメリットは大き

* 本稿は、2012年9月13日、早稲田大学比較法研究所主催の公開講演会の講演をもとに、補足を加えたものである。

** 韓国大法院裁判研究官・梨花女子大学兼任教授

い。

(2) 韓国における法と経済発展の主要なモデル国の一つであった日本の経済行政法の発展は、韓国経済行政法の土台の形成に寄与してきた。しかし、今日の韓国の経済行政法は、独自の発展過程や理論構築、そして固有の経済現実の反映を経ることによって、日本における理論・実務とは異なる軌跡を経ながら発展していることも事実である。このような点からすると、韓日両国がともに経済行政法に関する理論的共有点を模索する「比較」の場を設けることは、非常に有意義なことであると言わざるを得ない⁽¹⁾。本稿は、両国の経済行政法理論に対する比較法的な示唆を浮き彫りにさせるという問題意識のもとで、このような作業に役立つであろう韓国経済行政法制における法治主義と民主主義の発展に関する幾つかの事例や論議を紹介することとする⁽²⁾。

2. 比較対象としての経済行政法のフレーム

(1) 研究対象の範囲

経済行政法は、経済の監督・誘導・助成等に関する行政作用・行政組織・権利救済を規律する規範のすべてを包含する。しかし、経済現象を素材とする経済行政法議論の広範囲さの故、経済行政法理論の概念と範囲、体系、方法における議論の範疇に対しては見解の対立があり得る。

まず、特に、経済行政法の射程範囲の設定において、公法・私法の区分論がどのような基準を提示しているのか、また、経済公法の研究対象と規律原理がどこまで拡張され得るのが問題となる。韓国の場合、最近、公法・私法の区分論と関連して、行政主体が直接遂行する私経済的活動（調達行政、営利追求行為、私法形式による行政課題の直接遂行）や私的経済主体が遂行する行政任

(1) 2012年2月、ソウル大学公益産業法センター主催のセミナー『韓国と日本における経済行政法の研究動向と課題』は、このような共同努力の良い例である。同セミナーで発表された佐藤英善教授と岡田正則教授の論考は、『経済規制と法』第5巻第1号（ソウル大学公益産業法センター、2012年5月）に掲載されており、同じく当日発表した筆者の論考は比較法的研究成果を反映したうえで2013年掲載予定である。勿論、これまで韓日間の経済規制を比較法的に研究した例は少なくはなく（例えば、咸仁善「規制改革の法と経済—韓日比較研究」公法研究第31集第5号（2003））、日本の経済法制と動向を紹介する文献も多い。

(2) 韓国の経済行政法の発展状況に関するより詳細かつ豊富な議論としては、とりわけ李元雨『経済規制法論』（弘文社、2010）を参照せよ。

務もまた経済行政法の研究対象とすべきであることが強調されており⁽³⁾、韓国においては主に私法的背景の研究者たちによって研究されてきた競争法（経済法）分野もまた競争規制の側面からのアプローチとして経済行政法の研究対象に含まれるべきであるという観点⁽⁴⁾からの研究成果が蓄積されつつある⁽⁵⁾。

一方、経済行政法の場合、グローバル化の過程で、国際経済公法との関係を再設定することによって、研究対象の範囲を拡大させる必要性が大きくなっている。国際経済公法に対しても、国内経済公法の観点すなわち法治主義と民主主義的観点から評価するためのメルクマールを用意しなければならないからである⁽⁶⁾。韓国では、地域農産物を学校給食に優先的に供給するようにした条例がWTO協定に反して無効であるとする大法院の判断⁽⁷⁾が示されたことをきっかけに、WTO規範の国内法への直接適用問題が実務上本格的に問題となった。当時の大法院の立場は学説の批判を受け、現在は判例の態度が再び留保的なものと変更されていると評価することができる⁽⁸⁾。特に、最近において、アメリカ及びEUと自由貿易協定（FTA）を締結したことや韓日中FTAが推

(3) 朴正勳「行政調達契約の法的性格」民事判例研究第25巻（2003）、金大仁「財政行政法と国際経済法の相関関係からみた政府調達契約」行政法研究第17号（2007）。

(4) 実際、競争に対する規制には政治体制に対する副作用を防止するという意味が含まれており、それ自体公共的価値を有すると言える。

(5) 研究対象の範囲設定の問題とともに、研究の方法論の次元からのアプローチも並行させるべきである。例えば、規範学としての経済行政法において、経済学的方法論がどのような機能を遂行できるかを明確にする必要がある。いわゆる効率性論弁が、市場経済とその規制における支配的価値となるのか、いかなるものが公益的な価値間の衡量における考慮要素となるのか、などを規範的次元からアプローチし定式化する必要があることが指摘されている。多様な視角に関しては、李元雨「経済規制と公益」ソウル大学法学第47巻第3号（2006）89-120頁、許盛旭「経済規制行政法理論と経済的効率性」ソウル大学法学49巻第4号（2008）647-682頁参照。

(6) 詳細は、金泰昊「経済行政の世界化—行政の統制規範としてのWTO協定？」ソウル大学法学第64巻第4号（2005）を参照せよ。

(7) 大法院2005. 9. 9 宣告2004チ10判決。

(8) WTO協定による会員国政府の反ダンピング賦課処分がWTO協定違反である理由だけでは、私人が直接国内法院に会員国政府を相手に当該処分の取消を求める訴えを提起したり、協定違反を処分の独立した取消事由として主張することはできないとした判決として、大法院2009. 1. 30宣告2008チ17936判決がある。

進されることによって、国際経済規範が国内経済規範に及ぼす影響が活発に議論されるようになり、自由貿易協定による法治主義と民主主義の毀損の可能性が指摘されている。最も議論を巻き起こした韓米 FTA の場合、いわゆる間接受容法理と投資家と国家間の紛争解決手続（ISD: Investor-State Dispute）の導入による国内規制権の委縮効果及びそれに伴う憲法適合性の問題が公法的問題として分析されている⁽⁹⁾。

（２） 経済行政規制における国家と市民の位置付け

経済行政法の研究に当たっては、まず、議論の前提として、経済に関する憲法条項が志向する経済秩序と、その秩序の中における国家（行政）と市場（私経済主体）との関係が根本的な検討の対象とならざるを得ない。国家の性格に対する理解を排除してでは経済行政作用の本質を十分に解明することができないからである⁽¹⁰⁾。経済行政法の伝統的なパラダイムは、国家が市場に対して有する力の優位を前提とした国家行政作用に対する法治国家的統制であった。しかしながら、今日、果たして経済権力との関係で国家行政作用が圧倒的な力の優位を保持しているかどうかは、断定的に言うことはできない。特に、規制で代表される経済行政作用に対する不信と私的自律性に対する信頼に基づく新自由主義が支配する時代状況は、一方的に経済権力と親和的な方向で経済行政作用が働く危険性を高めている。韓国の場合、法律家でもあった故盧武鉉前大統領が、大統領在任時の2005年の演説で、「権力は市場に移り渡った」と発言し社会的イシューとなったことがある。これは、韓国社会における財閥を中心とした経済権力に対して、もはや政治権力が優越的な統制力を保持できなくなったこと、ひいては民主主義の危機を指摘したものと受け入れられている。このような問題は、現在、社会的両極化や大企業中心の経済政策に対する批判的議論に連結されている。（「経済民主化」に関する後程の議論を参照）

以上のような、国家と経済社会、市民社会との関係の変化は、経済行政法の

（９） 例えば、金珉湖「韓米 FTA の間接受容と韓国損失補償法理の比較研究」土地公法研究第39集（2008）。

（10） 李元雨、前掲書 8-9 頁参照。韓国の公法学においては、国家と市民社会の対立のほかには経済の位置付けを別途として区分しようとする試みがある。例えば、国家と市民社会、経済社会という三分類を通じて行政法関係にアプローチしようとする試みがその例である。朴正勳・李桂洙・鄭鎬庚「司法部の昨日と今日、そして明日（上）」行政裁判（2008）785頁以下参照。

理論的パラダイムに対する新しい挑戦と言わざるを得ない。営業の自由と財産権の保障を出発点とする自由主義的な経済行政法観は、経済行政の領域における多様な公益追求への要求と衝突する。概念的にも、私経済主体としての大企業・中小企業・消費者・市民を包括する「私人」の概念もまた解体に向けた真摯な批判的考察の対象となっている。また、いわゆる自律規制、公私協働ないし官民協力モデルを志向する協力的経済活動方式に対しても、公行政の運営が相手方（私人である財閥又は大企業）の交渉力によって左右され得るという現実的な批判がある⁽¹¹⁾。反面、経済行政法における「私人」の意義に対する積極的なアプローチも見られる。従来、経済法学者たちが取り上げてきた「消費者保護」の問題を、経済行政法においても積極的に受け入れることによって、私人である消費者に対する国家の後見主義（Paternalismus）的機能を再評価する必要性が大きくなっている。企業—消費者間の私的関係が国家—企業—消費者間の三面関係となり、消費者は企業に対する国家規制や経済監督関係で保護を受けるべき第三者⁽¹²⁾であると同時に給付行政関係における公共サービスの利用者としての地位を有することになる。

以下では、上記のようなフレームに関する根本的な議論を考慮しながら、韓国における経済行政法の発展に関わる主要な法理的争点を、憲法的次元（Ⅱ）と行政法的次元（Ⅲ）に分けて考察することとする。

Ⅱ. 憲法上の経済秩序と経済規制の限界

1. 憲法第119条

（1）憲法規定の変遷

1948年7月17日制定された制憲憲法においては、経済的自由を根幹とする市場経済秩序が明確に優先的地位を占めていたわけではない。制憲憲法上、財産権は保障されていたものの、大韓民国の経済秩序は、全ての国民の生活の基本的需要を充足させる社会正義の実現と均衡ある国民経済の発展を図ることを基本とし、各自の経済上の自由はその範囲内において保障される（第84条）と規定されていた。さらに、制憲憲法は、北朝鮮との体制競争状況下にあった当時の状況のもとで、名目的な性格に近いものではあるものの、社会的基本権とし

（11） 李桂洙「行政法と法社会学」行政法研究第29号（2011）145頁。

（12） 金裕煥「規制改革と消費者保護」中央大学校法学論文集第23集第1号（1998）。

での勤労者の労働三権のほかに、法律の定めるところによる勤労者の利益均需権条項⁽¹³⁾（第18条 2 項）を置いていた。

しかし、その後、制憲憲法の内容は憲法改正過程を経ながら市場経済秩序の性格をより鮮明に表すようになる。経済計画による国家主導の経済成長と権威主義的な政権が続いたにもかかわらず、第三共和国憲法以来、大韓民国憲法は個人の経済上の自由と創意が経済秩序の基本をなすことを宣言している。

以上のことは、1987年に改正され今日に至っている、現行憲法上の経済秩序を規律する憲法第119条に集約的に表れる。同条第 1 項は、経済秩序における個人と企業の経済上の自由と創意を尊重することを基本とするとしながらも、第 2 項において、国家が均衡ある国民経済の成長及び安定と適正な所得の分配を維持し、市場の支配と経済力の濫用を防止し、経済主体間の調和を通じた民主化のために、経済に関する規制と調整をすることができるという条項を並んで規定している。さらには、地域経済の育成と中小企業の保護（憲法第123条）、消費者運動の保護（憲法第124条）等も経済秩序の章で規定されている。

（2） 解釈論

憲法上の経済秩序が、いわゆる「社会的市場経済秩序」を志向していることには異論がない。しかし、社会的市場経済秩序が何を意味するのか、そして、憲法第119条 1 項と同条第 2 項との関係をどのように統一的に理解すべきかに関しでは見解の対立がある。特に、第 1 項と第 2 項との関係については、対立する憲法解釈論が提起されてきている。すなわち、第 1 項を原則として理解する見解⁽¹⁴⁾と第 1 項と第 2 項を並列的・相互補完的關係として理解する見解⁽¹⁵⁾の対立である。このような見解の相違は、規制立法に対する憲法裁判所等の規範統制の審査方式に影響するだけでなく、憲法第119条 2 項の改正の必要性に関する最近の見解の相違にも現れている。

筆者は、まず、大韓民国憲法が経済的自由に特別な優越性を与えていない以上、少なくとも憲法第119条 1 項を第 2 項に比べ優越的条項として理解するこ

(13) 黄承欽「制憲憲法上の勤労者の利益均需権の憲法化過程に関する研究」公法研究第31集第 2 号（2002）。

(14) 李憲衍「韓国憲法の経済的座標—市場（企業）規制の範囲と限界」公法研究第33集第 2 号（2005）、金性洙「憲法上の経済条項に対する改正論」公法研究第34集第 4 号（2006）。

(15) 李元雨、前掲書196-198頁、213頁以下参照。

とはできないと考えている⁽¹⁶⁾。むしろ、憲法制定権者は、憲法第37条2項による基本権制限に対する一般条項が存在するにもかかわらず別途第119条1項と並んで第2項を置くことによって、経済秩序が追求する価値を並列的に規定して、経済秩序に対する憲法の中立性を保障し、経済秩序における「共和主義的価値」を実現するための法的根拠を設けた、とみるのが妥当であろう。以上のように考えると、大韓民国憲法は、現存する経済秩序を理由に立法形成の自由を根本的に制約するものではないと見るべきである⁽¹⁷⁾。このような理由から、最近の憲法裁判所も、個別基本権条項から導き出される経済的基本権に対する過剰禁止原則への違背問題、下位立法に対する委任立法の限界違反問題を経済立法に対する主要な審査基準としているだけであって、第119条1項を立法形成権統制の直接的な根拠規定とはしていないのである。さらには、憲法第119条1項と2項を並列的価値を有する規定と理解し、第2項による規制が第1項による市場秩序形成機能を遂行するとするならば、憲法改正論において、第119条2項の縮小ないし廃止の主張は説得力のある主張とは言えないことになる。

（３） いわゆる「経済民主化」条項

憲法第119条2項に「経済主体間の調和を通じた経済の民主化のために」という文言が置かれることによって、「経済の民主化」という文言の憲法的意味が解釈上問題となる。特に、最近の「経済民主化」の談論は、いわゆる社会・経済的な両極化を解消するための立法・行政的措置を正当化するスローガンとして頻繁に用いられ、その意味をめぐる憲法解釈的な論争が社会的アジェンダとして議論されるようになった。

「経済民主化」条項に対しては、市場も民主主義的な枠組みの中で理解されるべきという前提で、経済秩序に特別な影響を及ぼす組織や労働組合などの企業経営への参与などにその核心があるという見解⁽¹⁸⁾もあるが、一般的には、平等を中心とする社会的正義に合致するような富の均等な配分、経済力集中の

(16) いわゆる経済憲法の中立性・開放性が認められるということである。例えば、金光錫「憲法第119条」『憲法注釈書IV』（法制処，2010）。

(17) 同旨、韓秀雄「韓国憲法上の経済秩序」桂禧悦教授還暦記念論文集（1995）188頁以下。また、崔甲先「経済関連憲法規定に対する考察」憲法論叢第9号（1998）。

(18) 金鍾鐵「憲法と両極化に対する法的考察」法と社会第31号（2006）。

是正などに経済民主化の核心があると理解されている。この見解は、民主化の意味を、権力的地位を有する特定の経済主体を規制し、各経済主体が同一な条件で経済活動を営むことができるように保障すること、と理解しているということができる。

2. 憲法裁判所の経済規制立法審査方法

憲法第119条1項が規制立法に対する司法統制の根拠とはならないとすると、憲法裁判所は次のような二つの問題に直面する。まず、経済規制立法が経済的基本権としての営業の自由、競争の自由、職業活動の自由、財産権などを制限するのか、次に、公益と私益の衡量を通じて過度な基本権制約であるか否かを審査するに当たって、憲法第119条2項の規定がどのような意味を持つのかという問題である。従来、憲法裁判所は、この条項を積極的に活用し、規制立法について違憲の決定をしたこともあった。酒類流通業者に所属する道の業者が製造した焼酎の購入を義務付けたことが、市場秩序を害し違憲であると判断した憲法裁判所の決定が一つの例である⁽¹⁹⁾。しかし、現在、経済規制制度に対する憲法裁判所の司法積極主義的な介入が一般化されていると見ることは難しい。憲法裁判所は、個人が基本権の行使を通じて一般的に他人との社会的連関関係にある経済的活動を規制する社会・経済政策的法律を制定するに当たっては、立法者により広範囲な形成権が認められ、この場合、立法者の予測判断や評価が明らかに反論され得るかそれとも顕著に誤っているかのみを審査するのが妥当である⁽²⁰⁾として、明白性統制に止まる傾向にある。

最近、韓国では、大型ディスカウント・ストアや企業型スーパーの増加により在来市場などの地域商圏が影響を受けることから、営業時間などを制限することができるようにし、その具体的な内容を条例に委任した「流通産業発展法」をめぐって、憲法裁判所と法院の両方で法的紛争が継続中である。すなわち、規制を受ける大型ディスカウント・ストアなどが、この法律条項が基本権を侵害すると主張し憲法訴願を提起すると同時に、法律の委任を受け営業時間などを制限する条例の違憲・違法を前提に地方公共団体長の営業時間制限及び義務休業日の指定処分を争う行政訴訟を法院に提起したのである⁽²¹⁾。従来の

(19) 憲法裁判所1996.12.26宣告96憲가18決定。

(20) 憲法裁判所2002.10.31宣告99憲마76, 2000憲마505 (併合) 決定。

(21) 大型ディスカウント・ストアに対する規制は、大型ディスカウント・ストアの市場参入自体を制限すること、営業時間などを制限する措置を想定するこ

憲法裁判所の態度に照らしてみると、以上のような規制に対して、基本権侵害を理由として違憲と判断することは容易ではないだろうし、ただ、法院が法律の委任を受けた条例が法律優位・法律留保の原則に違背し無効となるかどうかを審査する際、その当否が問題となり得るに止まると思われる。

III. 経済行政法制の発展と幾つかの法理的争点

1. 経済行政法制の発展

韓国における経済発展は、1960～70年代は行政府による経済開発計画及び各種の介入的規制によって推進されてきた側面が強かったが、80年代以降、持続的な規制緩和政策を実施することによって自由主義的な傾向が強まるようになった。ただし、80年代の規制緩和政策は、許・認可の要件緩和ないし登録・届出制への転換などのような部分的な性格が強く、経済に対する国家の積極的な介入そのものを諦めるものではなかった⁽²²⁾。しかし、1997年のIMF外貨危機をきっかけに新自由主義的な経済政策の要求が全面的に登場することによって、経済政策の方向に自由主義的な傾向がさらに強まり、また合理的な規制に対する要求が増加するようになった⁽²³⁾。以下では、経済規制・規制緩和と関連する懸案を中心に、行政組織・行政作用・行政執行・行政統制に関する幾つかの争点を取り上げることとする。

2. 経済行政法の主要な争点

(1) 経済行政組織法上の争点

経済行政作用を行う経済行政組織においても行政組織法の一般原理が貫徹さ

とができる。しかし、現行法令は、時間制限及び営業日制限のみを許容するだけであって、地域商圏の保護を理由とする大型ディスカウント・ストアの参入規制を許容しているわけではない。そこで、大規模店舗開設登録を返戻した地方公共団体の決定に対して、一定の要件を具備していれば登録を許可しなければならない行為としての性格を誤認したものとして違法であるとした下級審判例がある。ソウル行政法院2011. 8. 17宣告2011子合61110判決。

(22) 金東熙『行政法Ⅱ』（博英社、2011）566頁以下参照。

(23) そのため、1998年行政規制基本法が制定され、この法によれば、規制改革委員会を設置することとし、中央行政機関による規制影響分析と規制影響分析書の作成を義務付けている。

れるべきであるが⁽²⁴⁾、その際、当該経済規制の性格に沿って組織運営の原理が弾力的に適用される必要がある。経済行政組織の構成と関連して、行政組織法レベルで、以下のような争点を懸案として挙げることができる。以下の争点は、法的な性格を有すると同時に政策的性格を有し、また外部的要因の影響が大きいことから、理論的アプローチだけでは解決できないという特徴を見せていることも事実である。

まず、経済行政組織を独任制ではなく独立規制委員会のような合議制形式で構成することが許されるとするならば、如何なる場合に委員会形式を採択するのが良いのか、また、委員会形式を採用する場合どのような細部的な規律を置くことが望ましいかが、度々問題となる。

例えば、韓国の金融監督の場合、監督機関が國務総理所属の合議制行政機関としての国家行政機関たる金融監督委員会と、公法上の営造物法人に当たる金融監督院とに二元化されており、両機関の統合の必要性が争点となっている。両機関の分離が、金融監督機関の責任性、効率性、専門性に障害となっているという理由からである。この場合、もし統合するとしても、どのような形で統合すべきか、すなわち国家行政機関の形式を取るのかそれとも公法上の営造物法人の形式を取るのかに関しては見解の対立がある。このような問題は、望ましい行政組織法制的構成原理をめぐる争いの典型的な例といえることができる。

放送通信規制組織においても組織法的争点がある。従来、独任制行政機関としての情報通信部と、放送に関する事務を担当する独立規制委員会としての放送委員会とに二元化されていた放送通信規制は、放送・通信融合の必要性により、李明博政府に入ってから合議制行政機関としての放送通信委員会に一元化された。しかし、これに対しては、合議制行政機関の形式で放送通信産業の振興・規制を行うには限界があることから、再び独任制形式の行政機関に変更すべきであるとの主張があり、その当否が議論されている。この場合、特に「放送規制」が持つ政治的特殊性により、独任制形式の行政機関に放送規制に関する権限を与えるべきかに関しては、行政機関の形式のあり方とは分けて議論されている。

エネルギー規制の領域に含まれる原子力規制においても、組織構成に関する議論がある。福島原発事故以後、韓国においても原子力安全規制のための組織改編が問題となり、大統領所属の合議制中央行政機関としての原子力安全委員

(24) 経済規制組織法の一般理論に関しては、李元雨、前掲書第4章を参照。

会を設置し独自の原子力安全管理業務を行うようにする法制定がなされた。しかし、この場合においても、成敗の実質的な鍵は、原子力安全委員会が独立した委員会として委員会の構成の段階からの独立性・専門性を如何にして確保するかにかかっている。

次に、経済規制においては、どの行政機関が当該規制任務を担当することが望ましいか、そして、規制任務が重複したり各機関の規制の目標間の衝突が発生する場合、これをどのように調整するかが問題となる。

例えば、一般的な競争規制任務を担当する経済規制機関（公正取引委員会）が存在するにもかかわらず、個別の専門規制を担当する行政機関（例えば、放送通信委員会）が自ら競争規制任務を遂行することが望ましいかどうか、専門規制機関が規制目的に沿って専門規制に関する行政指導を行ったことが競争制限的效果をもたらす場合、競争規制機関はこれを再び統制することができないのか、言い換えれば、専門規制機関による行政指導が競争法上の違反行為の違法性を阻却するか否か、などが問題となったことがある⁽²⁵⁾。

また、以上のような問題は、規制が社会的規制と経済的規制の属性を同時に持つ場合においても、規制の権限の所在をめぐる発生し得る問題である。例えば、温室ガス排出権取引制度の規制の場合、産業界に関する情報を所掌する経済規制機関が温室ガス情報を担当するのが妥当か、それとも環境規制を所掌する環境部処がこれを担当するのが妥当か、などのような問題は、役割配分において常に問題となるところである。

(25) 公正取引委員会が通信事業者に対して価格談合を理由とする過徴金を賦課したところ、通信事業者が価格協議は情報通信部の行政指導によるものであったことを理由に行政訴訟を提起した事件があった。（大法院2009. 6. 25宣告2007号19430判決）この事件における法理的争点は、独占禁止法第58条で定める例外的適用除外事項、すなわち他の法律による命令に従って行う正当な行為に情報通信部の行政指導が含まれるか否かであった。大法院は、正当な行為となるためには、事業の特殊性により競争制限が合理的と認められる事業又は認可制などによって事業者の独占的地位が保障される代わりに公共性の観点から高度の公的規制が必要な事業などにおいて、自由競争の例外を具体的に認めている法律または当該法律による命令の範囲内において行われる必要最小限の行為であることが要求される、という法理を展開した。このような法理は、その後、金融監督院の行政指導に対する公正取引委員会の規制に対してもそのまま適用された。（大法院2012. 6. 14宣告2010号10471判決）

(2) 経済行政作用法上の争点

①規制緩和に伴う届出制の運用上の問題

講学上、「届出」とは、一定の事項に関して行政機関に知らせる義務がある場合、これを知らせる私人の公法行為のことをいう。規制の必要性により、私人の自由を事前的に統制する行政法上の規制手段のうち、「届出」とりわけ届出を条件とする行為禁止制度（届出留保付き禁止）は、行為の危険性と国家介入の必要生の観点からみて、もっとも低いレベルの規制方式として位置づけられる。すなわち、届出義務を履行さえすれば、行政庁がその届出を「受理」したか否かを問わず私人に対する行為禁止が解除される効果が発生するのであり、伝統的法理における「許可」（予防的禁止）と「特許」（抑制的禁止）に比べ、規制の必要性が低い場合に用いられる。

韓国においては、規制緩和の流れに沿って、従来の法令上の「許可」で規律されていた規制手段を「届出」に変更する際、行為許容の要件はそのままにして法令上の名称のみを「届出」にしたことで問題が発生した。行為許容要件は変わっていないことから、行為許容の危険性などを勘案して当該届出は依然として講学上の「許可」であり、行政庁が要件の充足についての形式的・実質的審査権を有するのか、それとも規制緩和の趣旨と法文の変更に充実にして、これを講学上の意味においても「届出」とみるべきかの問題である。このような議論の背景には、実定法上の許可・認可・承認・特許・登録・指定・届出が法理的意味を有さず混用されることによって、当該制度がどのような法理的意味を持つのかに関する再解釈が要求されるという事情がある。結局、法院は、従来の許可要件をそのままにしている法文上の「届出」制は「受理を要する届出」とあるという法理的概念を導入し、伝統的な「届出」とは区別される一定の効果を与えた。そして、伝統的な「届出」（一般的な分類によれば、情報提供的な届出や届出留保付き禁止による禁止解除の届出をすべて含む）は「自己完結的届出」という法理的概念として名付けた。それにもかかわらず、「届出制」に関しては、通説的地位を占める学説は存在せず、それぞれ多様な観点から多様な学説を通じて上記法理を批判している状況であった⁽²⁶⁾。

ところで、大法院は、判例変更を通じて、権利義務に影響を及ぼさない自己完結的届出に関しても取消訴訟の処分性を認める一方⁽²⁷⁾、許・認可擬制の効

(26) 従来の状況に関しては、朴均省「行政法上の届出」考試研究1999.11号30頁以下、金重権「いわゆる受理を要する届出の問題点に関する小考」行政判例研究第8集（2003.12）63頁以下。

果を伴う建築届出に対して、これは「受理を要する届出」に該当し、行政庁がその実体的要件の充足を審査し受理を拒否することができる」と判示した⁽²⁸⁾。このような判例の態度は、「受理を要する届出」という法理概念を維持することによって、実質的に、「受理を要する届出」と「許可」の区別が曖昧な状態を維持するという結果を招いている。

②認可制の本質

認可とは、通説によれば、他人の法律的行为を補充し、その法律的功效を完成させる行政行為をいう。ところで、民事法学において認可を法定条件と呼ぶように、伝統的な認可理論は、一時的性質の法律行為に対して比較的簡単な審査を行う手続単位として認可を理解することを前提として形成されたものである。このような認可理論は、継続的な法律関係を形成しまたは変更させる法律行為が認可の対象となったり、その対象が複雑な利害衝突に関わる法律行為として利害関係の調整が必要な任務を含む行政作用には不適合であるとの指摘ある⁽²⁹⁾。さらに、韓国においては、伝統的に、認可の対象となる行為に私法上の行為（非営利法人の設立、私立学校法人の理事の選任行為）のほかに公法上の行為が含まれるとみることもまた不自然であるとの批判がある。公法上の認可理論が持つ独自の意義に対する批判的検討の必要性が提起されているのである。

③行政調査をめぐる争点

行政機関が行政活動のために必要とする各種の情報を収集する行政作用としての「行政調査」は、経済行政領域において予測判断のための必須不可欠な行政作用の類型である。韓国においては、行政調査基本法を制定することによって、権力的作用か非権力的作用かを問わず、行政調査に関する法的一般原則を規律している。非権力的行政調査についても法的根拠が要求されるかに関しては見解の対立があるが、権力的行政調査の場合には法的根拠が要求されることには異論がない。

権力的行政調査の例として代表的なものが税務調査である。違法な税務調査の場合、当該調査に基づいた行政決定は原則的に違法となる⁽³⁰⁾。ところが、

(27) 大法院2010. 11. 18宣告2008号167全員合意体判決。

(28) 大法院2011. 1. 20宣告2010号14954全員合意体判決。

(29) 宣正源「認可論の再検討」行政法研究第10号（2003. 10）。

税務調査はそれ自体として権力的行政作用の属性を有するにもかかわらず、税務調査を行うとする決定そのものを争うことができるかの問題は、これまで明確ではなかった。税務調査を「税務職員が課税資料を収集するにあたって、質問検査権を行使して課税要件を充足する事実の調査・確認及び課税に必要な直接・間接的な資料を収集する一連の行為」とする場合、少なくとも「税務調査の決定」それ自体は単なる中間的事実行為に過ぎず、後の賦課処分がなされて初めて権利・義務関係に変動をもたらすという見解も可能なためである。しかし、大法院は、税務調査決定及びそれに伴う事前通知は国税基本法によって法的に義務付けられた手続であり⁽³¹⁾、質問検査の相手方は質問に答え検査を忍受する義務を間接的に強制される点、少なくとも重複税務調査の場合は税務調査決定を争うことに意味がある点などを考慮し、行政処分に当たると判断するに至った⁽³²⁾。

さらに取り上げるべきことは、経済行政領域に該当する公正取引委員会による行政調査である。独占禁止法第49条・50条によると、公正取引委員会は必要な場合、所属公務員によって、事業者又は事業者団体の事務所ないし事業場に立ち入り行政調査を行うことができ、また指定された場所において、当事者、利害関係人または参考人の陳述を聴くことができる。しかし、被調査企業が行政調査を拒否する場合、公正取引委員会は過料を科すことができるに止まり、被調査企業の拒否を押し切って行政調査を行うことはできない。ここで興味深いことは、従来は被調査企業が行政調査を拒否する例が殆どなかったため、上記のような任意協力の形式での行政調査を行うにあたってその適法性が問題となることはなかったのに対して、最近には、公正取引委員会の強制調査を拒否し、過料賦課処分に対しても、そもそも違法な調査であるから過料賦課処分も違法であるという主張が登場するようになったことである。どのような事由がある場合に被調査企業が正当に行政調査を拒否することができるか、言い換えれば、どのような場合に行政調査が違法となるのかが過料裁判において問題となる余地が生じたことである。これに対しては、行政調査について憲法第12条

(30) 大法院2009. 1. 30宣告2006号9498判決参照。

(31) 当時、国税基本法第81条の7第1項は、「税務公務員は、国税に関する調査のため帳簿・書類その他の物等を調査する場合には、調査を受ける納税者に対して、調査開始10日以前に、調査対象税目、調査期間及び調査事由その他大統領令で定める事項を通知しなければならない」と規定していた。

(32) 大法院2011. 3. 10宣告2009号23617判決。

で規定している搜索・押収に関する令状主義の原則が適用されるのか、行政調査における比例原則がどのような形で適用されるのかなどが、判例を通じて解明されるべきである。

（３） 経済行政執行法上の争点

①行政制裁を通じた実効性の確保

経済規制において、義務履行を強制するための実効性確保手段は重要な意味を持つ。行政的・刑事的制裁を包括する経済規制の実効性確保手段は、私経済主体が違法行為により得られる経済的利益が大きい場合においても義務遵守を強制できるような実質的強制力が確保されなければならないという考慮が必要である一方、国家の刑罰権の行使または権力行政作用に対する厳格な法治国家的統制が要請されるという側面からの考慮が必要な領域である⁽³³⁾。特に、最近、制裁手段の選択において柔軟化された法的手段が紹介されているが、制裁手段の柔軟性は法治主義及び民主主義による統制を弱体化させる恐れがあり⁽³⁴⁾、さらには広い意味での腐敗の可能性を高める危険性を内包するものである。このことから、以下の問題において、制裁の実効性確保の必要性の問題を、公益目的を達成するための国家機能の保障の必要性の観点から検討する。

②行政制裁の相手方の問題—両罰規定と営業譲渡時の帰責事由の承継

経済行政法関係において行政罰を規定する場合、従来、行政の実効性を確保するために、その行為者を処罰するだけでなく法人などその事業主も一緒に処罰する両罰規定を置いている場合が多かった。ところで、憲法裁判所は、刑法上の責任主義の原則に基づいて、賛成多数の決定において、両罰規定のうち帰責事由のない営業主に対してまで処罰する条項らに対する違憲決定を下した。法人の従業員の行為に対する営業主の責任は監督義務を怠った過失責任が認められる場合に限られるということである⁽³⁵⁾。ただし、憲法裁判所は、法人代

(33) 行政制裁の法治主義的統制に関しては、朴正勳「狭義の行政罰と広義の行政罰」同『行政法の体系と方法論』（博英社、2005）319-379頁参照。経済規制と制裁の再構成に関しては、宣正源「パラダイムの変化と企業の不法行為に対する制裁システムの現代化」法制545号（2003）参照。

(34) 李元雨，前掲書520頁。

(35) これに関する最初の違憲決定は、憲法裁判所2007.11.29宣告2005憲가10決定である。しかし、すでに、大法院判例は、当該規定を「営業主の従業員に対す

表者の法規違反行為に対する法人の責任については、法人自らの法規違反行為として評価できる行為に対する法人の直接責任として、代表者の故意・過失による違反行為に対しては法人自らの故意・過失による責任を負うものとみている⁽³⁶⁾。両罰規定に対する違憲決定以後、多数の法律において、法人に対しては実定法上の管理・監督上の注意義務を果たした場合は処罰を免除する明文の規定を置く改正作業が行われた。

一方、譲渡人の違法行為によって制裁処分がなされた場合において、その制裁処分の効果はすでに譲渡の対象となる営業者の地位に含まれた営業の物的状態となり、当然に譲受人に移転するとみるべきかという問題がある。実際の問題としては、譲渡人が違法行為をした後、制裁を免れるために虚偽の営業譲渡を行う場合が少なくないことから、行政目的を達成するためには責任を承継させる必要があることから発生する問題である。承継に関する明文の規定がない場合、学説は、対物的許可に注目する肯定説と人的事由による制裁の側面に注目する否定説、そして両者の折衝説に分かれている。判例は、制裁処分は対物的処分であることから、譲渡人の地位を承継した譲受人に対し事業停止などの制裁処分をすることができるとみている⁽³⁷⁾。このような判例の態度は、具体的妥当性の観点からは依然として批判を免れず、善意の譲受人にとってみればその結論は納得し難いものに他ならない。

③過徴金制度の運用上の争点

過徴金は、行政法上の義務を違反した者から一定の金銭的利益を剥奪することによって、義務履行を確保する制裁手段である⁽³⁸⁾。韓国の過徴金制度は、行政法上の義務を違反することによって当該違反者に経済的利益が発生した場合、当該利益を剥奪するための金銭的制裁を課す本来的過徴金賦課制度のほか、国民の日常生活に必須不可欠な公益事業の場合、事業者が義務を違反した場合においても事業の取消・停止などの処分を行うことが困難であることから、取消・停止に代わって金銭的制裁を課すいわゆる変形過徴金制度が存在する。

る選任監督上の過失」が認められる場合に限って適用するとして合憲的法律解釈をしてきたため、違憲決定をする必要はなかったという評価もある。

(36) 憲法裁判所2010.9.30宣告2010憲ガ61決定。

(37) 大法院2003.10.23宣告2003号8005判決。

(38) 金鐵容『行政法』(博英社、2011) 1338頁以下参照。

本来的過徴金制度の場合、不当利得を得るための違法行為を抑制するための行政上の制裁金としての基本的性格に加え、不当利得を還収する性格を兼ねて有しており⁽³⁹⁾、違反行為者の経済的能力の差異から一律的な金銭的制裁を賦課することが不当であったり制裁の実効性に欠けている場合などにおいて有効な実効性確保手段として理解されている⁽⁴⁰⁾。

一方、変形過徴金制度は、元来、公益事業の場合に限定されていたが、順次公益事業ではない場合まで拡大され、現在、営業法制を中心として70余りの法律において変形過徴金制度を設けている。また、過徴金額の算定も営業停止処分の間営業を続けて得られる利益とは関係なく高く設定され、行政制裁としての性格も強く帯びる方向に変化している。

そのほかに、興味深いことは、独占禁止法の場合、事業者間の談合のように外部には表れない隠密な合意を摘発するため、内部者の協力を求め、協力の対価として過徴金を減免する内部告発者減免制度（Leniency）を1996年に導入し、2005年からは告発者減免告示を制定していることである。この制度は、談合に限定して、経済学におけるゲーム理論を規制対象行為者らに適用したものとして、施行令が継続的に改正されることによって、内部告発者及び調査協力者の要件と過徴金減免の範囲が拡大されてきた。しかし、談合の摘発というやむを得ない事情があるにせよ、内部告発者減免制度を逆利用する事例などが増えるにつれ、同制度が一般的正義の観念に反するとの批判論も少なくない。

（４） 経済行政作用の司法的統制の争点

経済行政の場合、多くの不確定概念と裁量条項が用いられており、行政計画及び行政処分が予測決定としての属性を持つ場合が多く、このような領域における司法審査の統制密度は高くないのが一般的である。

一方、経済行政規制の過程で、法規が定める規制の基準が一般的には妥当であることから規制基準そのものの変更は不要であるが、立法者が予見することのできなかった特殊な状況により、個別の事案に対して一般的基準を要求することが規制本来の目的に合致しない場合、当事者の規制被害を例外的に救済する制度（いわゆる規制衡平制度）として行政審判に類似する手続の導入が提案されていたが、制度導入には至らなかった。

(39) 不当支援行為に対する過徴金の性格を説示した大法院2004. 3. 12宣告2001号7220判決も同趣旨である。

(40) 李元雨，前掲書505頁以下参照。

IV. 終わりに

以上、韓国の経済行政法分野において最近提起されている理論と判例の幾つかの争点を取り上げた。そこで争点となる経済行政法領域における紛争は、そのほとんどが法治主義及び民主主義の現代的適用過程で発生する葛藤に関わるものであり、それに対する解答を得るためには、政策形成過程と法令制定過程、そして経済現実に対する具体的分析のみならず、経済行政法の法理を構成する巨視的な枠組みを用意する作業もまた要求されと言わなければならない。この点でからすれば、韓日両国における経済行政法の研究を比較するという作業は、個別具体的な制度の改善において参考になるだけでなく、経済行政における公法固有の価値を反映する制度的枠組みを模索する作業にも大きく貢献するものと期待される。