HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	報告５　「保護法益としての『競争秩序』」
Author(s)	伊東, 研祐
Citation	北大法学論集, 56(3), 287-297
Issue Date	2005-09-26
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15387
Type	bulletin (article)
File Information	56(3)_p287-297.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

報告五

保護法益としての『競争秩序』

伊東研祐

ご紹介いただきました慶應義塾の伊東と申します。正直申し上げて、今までずっとこのシンポジウムを座って聞いておりましたが、非常に居づらい感じがしておりました。その理由の一つには、レジュメも何もないということがあります。

シンプルなことをお話しするので、あえてレジュメもいらないだろう、と考えたこともあるのですが、刑事法学というのが、どうもこの競争法の議論の中で浮いている、話がかみ合わないというだけではなく、異次元の状況にあるような気がして、できる限りシンポジウムでの議論に合わせてお話をした方がよいだろうと考え、あまり規定路線を書きたくなかった、というのが正直なところです。お話自体は、先程言いましたように、シンプルといいますか、プリミティブともいうべきものになりますので、繰り返し気味になるとは思いますが、確認しながらお話をさせていただくことで、レジュメを省略した失礼をお許しいただきたいと思います。

私に与えられたテーマは「保護法益としての競争秩序」ということで、この報告をさせようと考えられた際には、おそらく、私が法益概念を一八〇〇年代から歴史的にずっと辿る研究をやった人間であるということがあったのだろうと思います。従いまして、主として刑事法的な法益の概念規定を「競争秩序」ということに関してやったらどうなるかということをお話させていただくことになりますが、これも、これまでに報告された先生方とは異質な議論になってくるのかもしれません。ただ、ご存じの通り、法益概念そのものは一般法論上の概念ですので、どこかで本来一致していなければいけないと思います。言い換えれば、このシンポジウムの目的は二つあって、第一が「多元的ツールの相互関係の検討」、それから第二が「各実定法分野における競争秩序概念（ないし公正競争概念）の異同」というものの検討ということですが、まずは刑事法分野において「競争秩序」というものをどのように思い描いているかということをお話しし、その後、色々な法領域の中での手段として刑事法がどう作用できるのかということを若干勝手にお話しするということになると思います。

そこで早速ですけれども、若干次元が違ってしまっているということを申し上げた訳ですが、刑事実体法の解釈論で「競争秩序」というものがどういうふうに実質的に捉えられているかということを、ごく簡単にご紹介したいと思います。

刑事法の場合、刑法典とそれ以外の法典には非常な差があるのだという発想があり、刑法典及び質的に刑法典中の罪に比肩するような罪を規定する準刑法典ともいうべき特別法については、いわゆる刑事刑法（Kriminal-strafrecht）という言い方をします。それに対して、それ以外を特別刑法、あるいは、行政刑法（Verwaltungs-strafrecht）という言い方をします。

この特別刑法や行政刑法には、当然、競争法、従って、競争刑法も入ってくるということになりますし、競争刑法と

いうのか、あるいは、経済刑法というのか、呼び方は人によると思いますけれども、特別刑法、あるいは、行政刑法に関する解釈論というのは、この二〇年位の間に、格段の展開があったと思います。ご存じの通り、二組の大きな特別刑法に関するコメンタールが刊行されるということもありました。

しかし、それは、実定法解釈に関しては進んだということだけで、理論学的にはかなり未開な状態が続いているのではないかという気がします。独禁法あるいは不正競争防止法等で、いわゆる「自由な競争」あるいは「公正な競争」というようなものを保護するための罰則の解釈も、進んできたとはいえ、理論学的にはなお未開の状態にあるように思われます。

もちろん、刑事法学者にとっても、「自由な競争」と「公正な競争」という法益自体は、観念しがたい、あるいは、観念したことがないようなものでは決してありません。具体的に申し上げれば、刑法典九六条の三第二項に談合罪というのがありますし、同条一項の入札妨害罪もそうでしょうが、談合罪の法益については、独禁法の法益とほとんど同じなのだと、私自身も含め、そういうふうに考える刑法学者は少なくありません。つまり、現在の法典上の位置等からですと、官公庁の入札というものであって官公庁の利益を害するかどうか、あるいは、官公庁の職務の円滑という観点から説明しようとするのが通常ですが、談合罪というのはやはり自由競争秩序の保護を法益とすると解すべきなのだろう、という見解はかなり有力になってきております。

しかし、そういうように理解に進化が生じてきているということは事実であるとは思いますが、「自由な競争」あるいは「公正な競争」という法益の内実についていえば、それぞれの学者がイメージ的に使っているだけで煮詰められていない、というのが正直なところではないかと思っております。

あまり詳しい紹介はしていられませんが、今申し上げたような状態の典型例として、例えば、経済刑法の法益という

のは一体何なのかという議論がいまだに続いていることが挙げられます。そもそも経済刑法の範囲をどこまでと捉えるかという問題ですが、当然、独禁法や不正競争防止法などの罰則の法益も入ってくる訳です。そこでの典型的な定義の一例としては、経済犯罪とは「一般消費者又は経済主体である企業、商人、公的機関等の財産的・経済的利益を侵害し又は危険にする行為」である、こういう概念規定があります。

神山敏雄先生等の見解ですが、ここでは法益主体、個人の法益の侵害もしくは危殆化がなければ経済犯罪にならないということになります。そして、そこに入らないものに対しては刑罰的な対応を為すべきではない、という構成をしていく訳です。もちろん、これに対しては、問題となる代表的な例として、インサイダー・トレーディング（インサイダー取引）あるいは損失補填が挙げられます。このような正にアンフェアなやり方の処罰如何ということになりますが、ある意味では被害者はいないからです。インサイダーは儲けますが、他の人に害を加える訳ではありません。間接的な意味では害がある訳ですが、刑法的には直接的な害はないのです。

そのような批判はありますが、先程、森平先生のお話しになられた消費者保護ということもあり、誰かの損害の発生ということを介入根拠とするという一つの行き方があります。しかし、色々な犯罪類型を取ってみると、そのようなことが常に言えるとは限らないものですから、もう少し広げて考えようということになります。個人の法益の侵害・危殆化という損害があることに加えて、先程来の議論に出て来ている「外郭秩序」ということだろうと思うのですが、個人法益の保護のためにシステムとして維持しなければいけないような超個人的利益というものも法益として保護しましょう、このような考え方が恐らく現在の主流の考え方だと思います。芝原邦爾先生の見解が代表例ですが、そのような形で拡張しているというのが、現在の経済刑法の法益論のもう一つの行き方です。

しかし、この行き方は、逆にいえば、法益の統一的な把握を諦めているということを意味します。事実上は、罰則と

して存在する理由を法益として説明する、後は適合的に何とか色々な形で解釈論として合理化していく、そのようなことになっていくことになります。

さて、以上のような状況を踏まえて敢えて申し上げれば、刑事法的な「保護法益としての競争秩序」の定義という課題に応えるには、最初から出直しと良いましょうか、定義そのものをここでやり直す必要がある、ということになります。なお、テーマは「競争秩序」というものを定義しろ、ということでしたが、取り敢えずは、「公正な競争秩序」という風に言わせていただきます。先程からの議論でも、競争秩序の「倫理性」、あるいは、長谷川先生の表現に拠れば、「公平性」、「道徳的公正」等々が言われていまして、何か価値賓辞がないと落ち着きが悪いせいなのかもしれませんが、実定法上でも不正競争防止法ならば「公正な競争」という風に入っていますので、一応その辺を使うことにしたいと思いますが、その意味は後述する通りです。

まず、法益というものは何でしょうか。内実として、どのような実体のもの、どういう属性のものを捉えたら良いのか、と問題ですが、歴史的に見ると、刑事実体法学では、大きく二つに捉え方が分かれていると思います。

一つは、客体性あるいは因果的対象性というものを要求する行き方です。「因果的構成」と呼びます。もう一つは、そのような客体、あるいは、対象の担っている法秩序にとっての価値性というものに着眼する行き方、「価値的構成」という風に考えていただければ良いと思います。若い院生たちが習ったかどうか分かりませんが、いわゆる新カント派的な表現を用いれば、存在と存在にフェアハフテン（verhaften）している価値のいずれなのかという問題です。

どちらの捉え方が良いのかという問題は一先ず措きますが、このいずれの構成によっても、法益は「犯罪行為時において現に存在する」状態、その法的保護の客体ないし因果的対象あるいは価値でなければなりません。つまり、そこにあるものが法益であるということです。もう少し分かりやすく言えば、犯罪行為時には存在しない望ましい状態、ある

いは、そのような価値の達成というものを刑罰の負科根拠にはできない、ということです。それが、正に「保護」なのです。何かを保護するのであって、何かを作り出すのではないということです。従って、「あるべき」状態というようなものを害したから処罰するということはできないということになります。

従って、ここで一先ず言い換えますと、「「公正」な競争秩序」というのは、「「我が国市場経済の中で歴史的に生じ展開してきた犯罪行為時において現に存在している」競争秩序」であるということになります。実は、オリジナルの報告メモには「我が国の「自由主義」市場経済」と入れていたのですが、長谷川先生のご指摘などを聞いていますと、自由主義という表現は除いておいた方が良いだろうと考え、取り敢えず、市場経済という言葉だけにしておきます。「「我が国の市場経済の中で歴史的に生じ展開してきた犯罪行為時において現に存在している」競争秩序」です。

つまり、「公正である」というと価値的な賓辞に聞こえますが、刑事法にとっては実はあまり意味はないのです。あるいは、法益全体にとってもそうならざるを得ないのです。それは、ある意味では、市場経済の歴史的・技術的な性格というものを帯びて生じてくるものだろうということになります。その点が、第一に強調しておきたいところです。

もう少し言わなくてはいけないことがあるのですが、時間の関係から、そこは簡単に申し上げます。今申し上げたような形で、法益の保護を「現にあるもの」の保護に限りますと、将来的な「あるべき状態」の達成はどうするのだ、という問題が常に出てきます。刑事法に関して言えば、保護法益をそのように限定した場合に、通常は黙示の合意でしょうけれども、そのような「あるべき状態」の達成は行政の責務であるという発想があるように思います。そして、これまた無意識的か意識的かは分かりませんが、「あるべき状態」を目指す行政施策の達成のために刑罰を使うことは許される、ということも通常は黙示的に認められているように思います。私自身は、これは立証されていない命題であり、おそらく認められないものだろうと思っております。

今議論している事柄はお分かりになりにくいかもしれませんが、例えば、環境保護を考えていただければ理解しやすいのではないかと思います。水質の保護といっても、純粋に理想的な水質というのは、今は最早存在しない訳です。現にある質の水を守るのであって、それを何らかのより清純な望むべき質の水に戻すということは、もはや「法益保護」ではないということです。

そこで、水質保護の為に排出基準を定めて、例えば一九九〇年時点の水質に戻すための排出基準を定め、それに違反した者を処罰します。これが許されるかどうか、ということについては余り議論がありません。筋論でいけば、このようなやり方は恐らく使えないのだろうと思います。設定された基準を守らせることによって、自然の回復力等を通じて水質が改善されることは良いけれども、それを刑罰でコントロールすることは、おそらく理論的には許されないのだろう、と思っています。ただ、これは私の個人的な考え方ですし、余りよく議論されていない問題です。

定義の次の段階に移りましょう。先程は、「現状」としての法益というものを考えました。次は、先程申し上げた「因果的構成」と「価値的構成」のどちらが良いのだろうということです。民事法の先生方などには、余り違いがあるという気はされないであろうと思いますが、端的に申し上げると、「価値的構成」においては法益の危殆化（Gefährdung）あるいは侵害というのは、法の認める価値に内在する尊重要求あるいは妥当要求、つまり、法規範が破られるということ、それだけになります。法益とは、法規範、あるいは、法規範による命令そのものということになってしまうはずです。やはり古い世代の方ならすぐにお分かりのはずですが、そもそもドイツ法的な発想でいきますと、ヴェルト（Wert）、客観的価値というのは個別的な事柄に関係なく正に次元を超えて妥当するような価値ということになりますので、規範そのものである訳です。価値が侵害される、危殆化されるというのは、規範が守られないということなのです。

しかしながら、実体刑法の立場から見て、規範が守られた・守られないということだけで犯罪の実体を示せるか、と

いうことを考えてみますと、「価値的構成」はやはり妥当ではないだろうと私は考えております。この辺りは、刑法学界では尚も相当に分かれておりまして、法益は価値なのだという方も沢山おられます。

さて、そうしますと、今までに申し上げた「現状」としての法益、そしてまた、「因果的構成」を為すべき法益ということから、先程の「公正な競争秩序」という法益をさらに言い換えますと、「「我が国の市場経済の中で歴史的に生じ展開してきた、犯罪行為時において現に存在している」「競争が行われている状態」」そのもの、ということになります。さらに短く言い換えてしまえば、「我が国の市場経済下での当該時点における」「競争状態それ自体」ということになります。

実は当たり前のことを申し上げているだけなのですが、問題はここからでして、それでは「競争状態それ自体」とは如何なるものなのだということについて、今日のシンポジウムを伺っていても、実は、皆さん誰も定義されないのです。「競争」というものは一体何なのだろうということなのですが、これはもう私の専門から完全に外れますが、敢えて申し上げれば、「競争」というのは「事業者間において行われる、各自の提供する商品や役務の優劣ないし需要者購買度の競い合いを通じて、その事業の発展・成長を促すための対抗的な活動」であろうという気がします。そのような競争が市場経済を構成する基盤であると考えています。

そうであるとすると、先程の「我が国の市場経済下での当該時点における」「競争状態それ自体」という法益の内実というのは、例えば、「我が国における自由な市場の形成・維持を果たしている対抗的事業活動の全体である」と言い換えられ、何となく分かって来たかなという気がしなくもありません。「我が国の市場経済下での当該時点における」「競争状態それ自体」という再定義を聞いたときには、なぜそのようなものが守られなければいけないのだ、という風に感じられると思いますが、今申し上げたように、そもそも市場というものが競争そのものによって形成されるという発想

で置き換えていきますと、その対抗的事業活動を保護するという意味で、それが法益なのだということに辿り着くことができるのではないかと思います。

しかしながら、取り敢えずはそういうことになって、「公正な競争秩序」というのは「我が国における自由な市場の形成・維持を果たしている対抗的事業活動の総体」である、というようにイメージとしては相当にハッキリしてきたと思いますけれども、法益としては、なお中間的なものに留まっているように思われます。その先に、おそらく、先程から繰り返し言及している「市場経済」というような大きな最終的な達成目標のようなものが出てくるのではないかと思います。ただ、取り敢えずは、ここで今申し上げた「我が国における自由な市場の形成・維持を果たしている対抗的事業活動の総体・全体」、そういうものとして「公正な競争秩序」というものの内実を捉えておくことにしたいと思います。

それを前提として、これから刑事実体法の機能というものを性格付けて考えていかなければいけない訳ですが、持ち時間を超えてしまいそうですので、こちらもごく簡単にまとめたいと思います。結論的に申し上げれば、今のような法益の定義をしても、それを害する行為を全面的に刑事罰の対象にするということは、正統性・妥当性を別としても、無理でしょう。罪刑法定主義から見て、そのような試みは、およそ構成要件的な規定が難しいだろうと思います。さらには、現在の刑法では、いわゆる謙抑主義、補充性の原則、あるいは、刑法の断片性が認められています。断片性というのは、法益の保護は全面的なものである訳ではなく、どうしても断片化する性格を内在するものであって、ビンディング（Binding）はこれを立法の欠陥と呼んだのですが、現在の刑法学は、それはむしろ刑法の本質であって、断片性のないような刑法的保護はむしろ良くないのだと考える立場に移行しています。そのような謙抑主義、あるいは、刑法の断片性ということからしても、正統化し得ない試みだろうと思います。

反面、それならば、今申し上げたような「公正な競争」を害するような、あるいは、破壊するような行為を放置しておいて良いかといえば、放置できない行為も現にあるといわなければなりません。それをいかに類型化するかということが問題ですが、留意しなければいけないのは、「公正な競争秩序」の保護というのは、不正競争防止法を例にとって申し上げれば、実は構成要件の中に織り込まれている手段そのものが不正競争防止法よりもはるかに重い罪によって処罰されている場合が多いということです。

例えば、先程の偽ブランドですが、相手方が知らないのに乗じて偽ブランドを売り付けるというのは、多くの場合は詐欺になる訳です。それから、事業間のものであるとすれば、業務妨害罪で捕捉することができる場合が多いでしょう。不正競争防止法の法定刑は、一四条で、三年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金ですが、刑法犯の財産犯というのは、基本的に、一〇年以下の懲役まで行ってしまうのです。

そうなってくると、不正競争防止法で類型化すべき犯罪、不正な競争行為というのは、先程申し上げたKriminalstrafrecht、核心的な刑法において既に捕捉されているもの以外であり、かつ、それらよりも重いものを本来は捉えるべきだろうという気がします。

そういう意味では、現在の不正競争防止法の罰則の使い方というのは、広い範囲のものを捉え過ぎている、あるいは、捉えようとし過ぎているような気がしています。それは、刑法がいわゆる無体財産権といいますか、情報や企業秘密等を保護しないということ、刑法の財産犯が「財物」保護を中心にしているということがあったために、一種緊急避難的に不正競争防止法の罰則で凌いでいる側面があるからだろうと思うのですが、本来の在り方ではないだろうと思っています。

類型化の視点を一つだけ申し上げると、先程申し上げた法益定義からして、事業者として対抗的活動ができないよう

な状況を作出するような行為、もう少し言えば、対抗的活動をしている事業の一方の存続そのものが難しくなるような行為に対しては、相当に重い刑を使っても良いのではないか、と思います。より軽いものについての対応に関しては、また色々意見があると思いますが、刑罰法の使い方としては、そういう使い方というのも良いのではないかと思っております。

色々勝手なことを言いましたので、御異論もあると思いますが、後ほど議論させていただければと思います。ありがとうございました。（拍手）