HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント
Author(s)	和田, 俊憲
Citation	北大法学論集, 56(3), 313-319
Issue Date	2005-09-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15390
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(3)_p313-319.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

コメント

和田俊憲

北海道大学の和田でございます。

伊東先生は与えられたタイトルが「保護法益としての競争秩序」ということでしたのでそういう内容になりましたが、私はもう少し広く、競争秩序には限定せず、刑法による競争の保護という形で大きく分けて二点お話ししたいと思います。

まず一点目は伊東先生の報告の主に前提となる話ですが、犯罪論における競争の保護の在り方の全体を見ようと思います。競争の保護と関係して犯罪が成立する場合には、構造の異なる二つの類型があるように思われます。一つはある行為者の不正な競争行為を他の競争者の利益を保護するために処罰するという類型です。

典型的なのが知的財産権の侵害罪だと思いますが、そこでの保護法益は具体的な他の競争者の財産権ということになります。競争秩序の保護ではなく、早い者勝ちの競争秩序に基づいて認められる具体的な財産権の保護が図られることになります。

これに類似するけれども若干異なるように思われるのが、二重売買における横領罪による処罰です。例えば、Xが自

己の所有する不動産をYに売却し所有権の移転が認められた後、当該不動産をZにも売却し、Zについて先に移転登記を完了したという場合に、譲渡人であるXに故意があれば横領罪が成立し、第二譲受人たるZが少なくとも背信的な悪意者である場合には、横領の共同正犯の成立が認められています。

ここで注意すべきであると思うのは、Y・Z間の競争を直接問題とすることはできないということです。まず二重売買されないというYの利益は、第三者たるZとの関係が保護に値しませんので、Zが競争行為によって直接侵害できるものではありません。Zが競争行為によって直接侵害し得るのは、所有権を確定的に獲得するというYの利益です。

しかし、この所有権を確定的に獲得するというYの利益について考えてみましても、もしZが確定的に所有権を獲得するような場合には、そもそもYに利益性は認められないと思います。逆にZが確定的に所有権を獲得しない場合には、Yの利益は侵害されないわけです。従って、いずれにせよZを処罰する根拠はないように思われます。

このように考えますと、第二譲受人であるZを処罰するのであれば、二重売買されないというYの利益を譲渡人Xが直接侵害し、Zはその共犯になるという構成しかあり得ないことになります。すなわち、知的財産権侵害の場合は、不正な競争行為自体が他の競争者の財産権を直接侵害するのに対して、二重売買における横領罪の場合は、競争行為によって直接侵害される利益の保護が問題となっているのではないということになります。そうしますと、第二譲受人であるZは、正当な競争によって自己が確定的に所有権を獲得するか否かとは全く関係なく、故意があれば横領の共犯となるのが理論的帰結であろうと思います。

そうしますと、単純悪意者は所有権を確定的に獲得すると考えるのだとしますと、その場合でも横領罪の共犯が認められる場合が存在することになります。そうしますと、刑法からは民事法上の全く適法な行為に対して犯罪を認めることは避けたいので、Zが単純悪意に過ぎず、確定的に所有権を確定する場合であっても、やはりYに対する不法行為を

ぜひ認めていただきたいと思います。

次に二つ目の類型です。刑法による競争の保護のもう一つの類型ですけれども、これは他の競争者ではなく、競争の第三者たる取引の相手方の利益の保護を図るものです。すなわち、XとYが競争関係に立つとき、XやYと取引をするZの利益の保護が問題となる場合です。ここでは、一般に具体的な利益の保護を究極的な目的としつつも、保護法益は抽象的な競争秩序であるとされる傾向が強いと思います。保護法益としての競争秩序が問題となるのはこちらの類型であるということになります。

もっとも、競争秩序の内容には犯罪類型間でばらつきがあります。最も抽象的な形で自由競争経済秩序が保護法益とされているのが、伊東先生の報告の前提とされていたことだと思いますが、特に典型的なのは独禁法の不当な取引制限罪です。ここでの保護法益を、伊東先生のご報告の中にもありましたように、消費者の利益などより具体的なところに求める見解も強く主張されてはいますけれども、それらの見解の主眼は犯罪の成立時期を遅らせるという点にあると思います。競争秩序を害しなくても消費者の利益を害すれば独禁法犯罪は成立するなどというわけではないことを考えれば、そこでは競争秩序に加えて消費者の利益が保護法益とされているということであり、自由競争経済秩序が保護対象となることは実質的に争われていないと言うことができるのではないかと思われます。

そして、保護対象たる競争秩序の概念内容については独禁法の方に依存しているのであって、刑法独自の概念を考えているわけではないと思い、そこで独自に考えを進められた伊東先生には、敬意を表したいと思いますが、ここで少し違うことを言えば、暗黙のうちに観念されているのは自由競争経済秩序に保護の必要性があるのは、それが長期的に見ると消費者の利益につながるからであるという考え方であるように思われます。これに対して、より具体的な競争秩序が保護法益とされるのが刑法典に規定されている談合罪や競売入札妨害罪です。公の競売や入札に限定された競争秩序

とも言うべき競売入札の公正が保護法益であるとされていますけれども、そこでは参加者の自由公正な競争によって債権者や競売入札施行者の利益が確保されるという点に重点が置かれているように思われます。長期的に見た関係者の抽象的利益というよりも具体的な利益の確保に重点が置かれているように思われるわけです。

独禁法犯罪と談合罪、競売妨害罪とで保護法益たる競争秩序が異なる概念内容を有していると考えられていることは、次の点に直接表れているのではないかと思います。すなわち自然人について、不当な取引制限罪と談合罪との罪数関係が観念的競合であるとされることです。保護法益が当該事案において一致するのであれば、両者は法条競合となり重い不当な取引制限罪のみが成立することになるはずですが、一般にはそのようには考えられていません。

そうすると、両者の保護法益はどこが違うかということになりますけれども、そのヒントは成立要件の違いにありそうです。すなわち談合罪は一回限りの談合にも成立するのに対して、入札談合が不当な取引制限罪を構成するためには、一定の取引分野における競争の実質的制限が必要であるということから、時間的継続性や取引規模の大きさが要求されています。

その違いは、談合罪の保護法益たる競争秩序は当該競売入札における債権者、施行者の具体的利益の保護に向けられているものであるのに対して、不当な取引制限罪における競争秩序は、より長期的に見て消費者の利益に資する抽象的な経済秩序であるということを示しているように思われます。新規参入の阻止を目的とした寡占市場における価格引き下げカルテルに、当該市場の事業者全員が参画する場合のように、短期的には消費者の利益になる協定であっても不当な取引制限とされているのも、この表れだと思われます。

このあたりで、伊東先生の報告の内容と直接関係する部分に来ますが、網羅的には無理なので、三点ほどコメントしたいと思います。

一つは現状としての法益ということについてですが、これは純粋な事実としての現状ではないのではないかと思います。例えば、刑法では母親がミルクを与えずに赤ちゃんを見殺しにした場合に不作為による殺人罪が成立すると考えられますが、そこでは不作為行為時における赤ちゃんの事実としての生命が確かに保護対象にはなっているわけですが、行為時点において生きていた赤ちゃんがある時点において死亡したという、その落差を問題にしているのではなくて、ちゃんとミルクを与えていれば赤ちゃんはその時点で生きていたはずなのにそうしなかったのでその時点で死亡したという、その時点における期待された状態との落差を問題にして法益侵害というものを考えているのではないかと思うわけです。

そうしますと、純粋な事実としての現状ではなくて、人々が法的に期待される行為に出ることを前提として実現される状態が保護対象になっているのではないかというふうに思われるわけで、あるべき理想状態ではないとしても一定の事実にプラスした規範的考慮が要るのではないかというのが第一点目の指摘です。

二点目ですが、ある基準の達成のために刑法を使うことが許されるかどうかという話ですけれども、私はいいのではないかという気がします。ただ一般論としてどんな場合でもよいというわけでもなく、少なくとも基準達成に向けられた現在の公衆の期待感というようなものがそれ自体として保護に値するものであるというふうに言えれば、そのような構成にして処罰を認めることが可能ではないかと思います。将来において基準が達成されるように今から動いていくことに対する現在の人々の期待感が保護法益であると言える場合には、処罰していいのではないかと思うわけです。

第三点目ですが、刑法による限定的な処罰の話ですけれども、刑罰と行政処分の比較ということについて若干コメントするとすれば、まず刑法の方が行政処分よりも心理的な衝撃は大きいだろうと思います。先ほどは司法に対する恐怖という話もありましたが、課徴金まで含めると、具体的な事案によっては、金額が莫大になり得る課徴金の方が、少な

くとも上限のある罰金よりも衝撃が大きいということはあるかもしれませんが、質的には刑罰の方が一般には心理的衝撃は大きいであろうと思います。

それから、罰金と課徴金を比較しますと、それ自体としては財産のはく奪という点で共通していますけれども、罰金を支払わない場合には労役場に留置されますし、また執行猶予や仮出獄の裁量的取消事由となるという形で、罰金は身体の拘束と関係付けられています。さらに、罰金以上の刑罰には各種法令上の資格制限が生じるということがありますので、やはり刑罰の方が行政処分よりも一般に重いと言っていいであろうと思います。そうしますと、結局、伊東先生がおっしゃるように、経済法の分野においても行政処分はより悪質性の低い事案で認められ、刑罰は法定刑に対応した非難に値するような悪質性の高い事案で初めて正当化されるというふうに考えるのが合理的であろうと思われます。

さらに、時間の経過に伴って事態が悪化していくという場合に限って考えますと、行政処分は低い危険の段階で認められ、刑罰はより高い危険が生じて初めて科されるべきであるということもできるであろうと思います。手続きとしても行政処分の方が、当該事案における危険の実現を回避するために迅速に対応することが可能だということもできるでしょう。

最後に、課徴金と罰金の関係について、若干、触れておきたいと思います。

課徴金に加えて刑罰を科すことは、憲法三九条が規定する二重処罰の禁止に触れないかということが問題とされています。その前提として課徴金は違法な利益のはく奪か制裁かということが議論されます。現在の課徴金は一般に違法な利益のはく奪と考えられていると思いますし、さらに、今後、課徴金の算定基準を引き上げてもなお違法な利益のはく奪ととらえる余地はあるという指摘もなされているようです。そこで、利益のはく奪と考えるのは刑罰との関係で二重処罰の禁止を回避するという意味が強いのだろうと思いますが、逆に民事上の不当利得返還請求との衝突が問題となり

ますので、利益はく奪と考えれば問題が解消するわけではないと思います。

また、重要であると思われるのは、利益のはく奪であることは制裁でないことを意味しないということです。一定の範囲で利益はく奪手段となる没収は刑罰です。制裁として利益をはく奪するということを認める必要があるように思われます。さらに課徴金の減免制度というものをつくるのであれば、純粋に制裁と考えることの合理性が高まります。違法な利益を利益として積極的に容認することは、カルテル解消のためであっても合理的に認め難いように思われるからです。

課徴金を制裁と考えると二重処罰の問題が生じてしまうと考えられていますが、憲法三九条が禁止しているのは同じ規定の制裁を同一の事案について重ねて科すことだけであって、ある事案に対して異なる種類の制裁を複数科すことは、制裁の全体として残虐な刑罰に当たらない限り許されるという立場が有力に主張されています。自由刑と罰金を併科することに何の問題もないのと同様、自由刑と課徴金を科すことも、罰金と課徴金を科すことも、二重処罰の問題は生じさせないと考えるのが妥当だと思います。