

「消費者の利益」説探訪

——不当な取引制限の罪の法益を巡る議論の側面——

松原和彦

一. はじめに——本稿の目的——

本稿の目的は、判例が「不当な取引制限」(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律〔以下「独占禁止法」〕または「本法」)という。ただし、条名等の引用時は省略する。二条六項)の罪(八九条一項、三条等。以下「不当な取引制限の罪」または「本罪」)という。)の法益を「自由競争経済秩序」⁽²⁾と解釈することに対して「刑罰の保護法益」⁽³⁾としては、観念的・形式的にすぎない」と批判し、本罪の法益を「消費者の利益(あるいは国民経済)」と解釈する見解(定着した呼称がないため、便宜上、以下「消費者の利益」説と呼称する)⁽⁴⁾を取り上げ、同説が主張された当時の学説(刑法学説以外のものを含む)の状況に留意しつつ、同説の背景・由来・意味、ならびに、同説が主張された当時において得た同説への評価および同説の課題を、つまり、「消費者の利益」説とは何だったのかを明らかにすることである⁽⁵⁾。

二・二・(一)「消費者」の利益Ⅱ財産の背景

(一) 問題の所在

「消費者の利益(あるいは国民経済)」という表現のうち「消費者の利益」という表現に着目する場合、その「利益」とは財産だった。なぜなら、論者によれば、「本罪を含む」経済犯罪における被害は、消費者全体に拡散し「……」一人一人をとると被害はさほど大きくない」というだけで、同犯罪と「財産犯罪における被害との間に質的な相違が「……ない」からである。⁶⁾ また、「消費者」の財産とは、具体的に言えば(最終的に、「消費者」が「不当な取引制限」を受けた商品または役務の対価として支払った金額に対応する)金銭(的なもの)だったと推測される。⁷⁾

「消費者の利益」説のように、本罪によって「消費者」の財産が保護されるという考え方は、同説が主張された当時すでに、芝原邦爾「財産の刑法上の保護」(昭和五八年)で提示されていた。⁸⁾ しかし、同説がその影響を受けたことは確認され得ない。

そこで二・二では、「消費者の利益」説が本罪の法益を「消費者」の財産と解釈した背景を探索する。⁹⁾

(二) 萌芽?

論者は当初、本罪の成立範囲を「結果の側面」から限定するという観点から、ドイツ連邦共和国における「経済犯罪の撲滅—経済刑法の改革—に関する専門家委員会」(以下「専門家委員会」という。)の立法案(一九七五年)等を参照していた。

専門家委員会は、「比較的重大な「競争制限の禁止に関する法律」(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 以下「競争制限禁止法」という。)¹⁰⁾違反をも単なる秩序違反と評価することはもはや、犯罪と秩序違反の関係に関する現在の評価に合致しな

い。」⁽¹²⁾という評価、および、「競争制限禁止法第三八条第一項⁽¹³⁾と結合する第一条及び第二五条第一項のカルテル禁止に違反するものうち重大なもの」を秩序違反から犯罪へ格上げするという方針⁽¹⁴⁾の下、次のような規定（a条）を提案した⁽¹⁵⁾。なお同条の法益は、「経済活動に参加する者の自由」を含む「競争」だった⁽¹⁶⁾。

第a条 可罰的な競争制限

(一) 事業主 [Inhaber eines Unternehmens] が、共通の目的で、競争者と合意し又は相互に協調して、特に次に掲げるものについて違法に競争を制限し、よって、少なくとも過失により、商品又は役務の取引に関する生産又は市場関係を公衆 [die Allgemeinheit] の不利益に著しく変化させたとき（重大な結果を伴う競争制限）、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

一. 価格の設定

二. 数量又は割当の設定

三. 販路又は顧客の分割

(11) 次に掲げる場合は、通常 [in der Regel]、重大な結果を伴う競争制限である。

一. 当該行為によって、本法律の適用範囲の全部又は大部分の市場における競争が著しく [wesentlich] 毀損された場合

二. 当該競争制限が生活に必要な商品又は役務に関するもので、かつ、当該競争制限によって、消費者にとって比較的長期間にわたり [当該商品等の価格が] 著しく [spürbare] 上昇した場合

三. [事業主が] 当該競争制限から莫大な [aufsergewöhnlich hohe] 財産的利益を得た場合

a 条は、単なる競争制限でなく、「**重大な結果を伴う競争制限**」を処罰する規定だった。また同条二項は、「**重大な結果を伴う競争制限**」が何かを例示列挙していた¹⁹⁾。したがって同条は、本罪に相当する行為の処罰範囲を「**結果の側面**」から限定するものだったと評価され得る。

論者が特に言及したのは、a 条二項二号および三号だった²⁰⁾。前者の場合、「消費者」の財産を危殆化する事態が想定されていたことは、明らかだろう。また後者の場合、商品等の価格が「著しく」(二号)でなく、僅かに上昇した場合が想定されていた²¹⁾。その限りで、後者の場合、「消費者」の財産を侵害する事態が想定されていたと言えよう。

論者が特に a 条二項二号および三号に言及した理由は明らかでない。また、論者は当時、「**刑罰の保護法益は、さらに実質的で重大なものでなければならない**」と主張するに止まっていた。しかし、論者は、両号に「**消費者**」の財産(の侵害または危殆化)を看取していたと推測され、そうであれば、当時すでに、本罪の法益を「**消費者**」の財産と解釈する萌芽はあったと言えよう。

ただし専門家委員会の立法案は、次の二点で注意すべきものだっただろう。

第一に、仮に a 条二項二号および三号に「**消費者**」の財産(の侵害または危殆化)が看取され得たとしても、①商品等が「生活に必要な」ものに、②その価格の上昇が「著し」いものに、③それが「**比較的長期間**」のものに(以上二号)、④財産的利益が「**莫大な**」ものに(三号)限定されていた点である。

第二に、a 条二項におけるいわゆる「**重大な結果**」が同条の法益を「**競争**」とすることと矛盾しないことは前提だった点である。同項一号が「**競争**」の「**毀損**」を定めていたことは、それを象徴していた²²⁾。

(三) ホワイト・カラー犯罪としての不当な取引制限の罪

論者はその後、前掲・最判昭和五九年二月二四日の事案、したがって本罪の「犯罪学的特徴」の一つとして、「被害の拡散性・重大性」を挙げ、窃盗罪(刑法二三五条)および詐欺罪(同法二四六条)と比較して、「被害」がそれらと「比較にならないほど」に「多額」であると主張した⁽²⁵⁾。

かような「犯罪学的特徴」の背景には、論者が明示した通り、サザランド(Edwin H. Sutherland)が主張したホワイト・カラー犯罪(White Collar Crime)という考え方があった⁽²⁶⁾。では、サザランドは如何に主張していたのか⁽²⁵⁾。

まず、サザランドはそもそも、「社会的な地位が高く、尊敬されるべき者がその職業に関して行う犯罪」と定義したホワイト・カラー犯罪⁽²⁶⁾が特に取り上げられるべきものであることを示すために、次のように主張して、複数の具体例を挙げていた。すなわち、「ホワイト・カラー犯罪による金銭的な損失〔the financial cost〕の規模は、通例『犯罪問題』と取り扱われるあらゆる犯罪による金銭的な損失の規模の数倍に及ぶだろう⁽²⁷⁾」。かような主張が、「被害の〔……〕重大性」という理解へ影響したと推測される⁽²⁸⁾。

またサザランドは、ホワイト・カラー犯罪が通常の犯罪と異なる手続で処理される(法律の差別的な実現⁽²⁹⁾)要因の一つが「ホワイト・カラー犯罪に対する一般人の憤りがそれほど根付いたものでない〔unorganized〕」ことにあるという理解を前提に⁽³⁰⁾、かように「根付いたものでない」要因の一つにつき、次のように主張していた。すなわち、「実業家による法律違反〔……〕の影響は拡散する。かような法律違反は〔……〕暴行〔assault and battery〕のような、ある者がある者を直接攻撃するものでない。〔……〕かような犯罪の影響は、特定の時点で特定の者にそれほど及ばないが、長期間にわたる、そして恐らく数百万の人々に、拡散すると言って差し支えない⁽³¹⁾」。かような主張が、「被害の拡散性」という理解

へ影響したと推測される。⁽⁴²⁾

ただしサザランドの主張は、次の二点で注意すべきものだっただろう。

第一に、サザランドは、結論において、ホワイト・カラー犯罪における「金銭的な損失の規模」を重視していなかった点である。なぜなら、サザランドは、「ホワイト・カラー犯罪による金銭的な損失は「……」社会関係の毀損ほど重要でない」と主張していたからである。⁽⁴³⁾

第二に、サザランドは、「取引の制限〔*restraint of trade*〕」⁽⁴⁴⁾がアメリカ合衆国の「伝統的な制度」である自由競争あるいは自由企業 (*free enterprise*) を侵すものと理解していた点である。すなわち、「取引の制限に関する法律違反は、ホワイト・カラー犯罪が制度を「根本的に」変化させるものであることを最もよく表している。⁽⁴⁵⁾」、「本書の主要な目的の一つは「……」かような違反が、我々の伝統的な制度〔自由競争あるいは自由企業〕を蝕む点で看過し得ないものであることを明らかにすることである」⁽⁴⁶⁾。

三、「消費者の利益(あるいは国民経済)」という表現の由来および意味

(一) 問題の所在

「消費者の利益」という表現における「利益」が財産と解釈した背景には、本罪はホワイト・カラー犯罪であるという解釈があったと推測されるとしても、しかし、そもそもなぜ、本罪の法益は「消費者の利益(あるいは国民経済)」と表現されるのか。すなわち、「消費者の利益」および「国民経済」という各表現は何に由来し、また、両者を接続する

「あるいは」という表現は何を意味し、さらに、「消費者の利益」が「国民経済」よりも強調されていたかのようだが、それは何を意味するのか。論者は、それらを説明しなかったが、当初、「公共の利益」の解釈として、すなわち保護法益の観点から「本罪の成立範囲を限定することを志向し、その結果、本罪の法益が「行政的規律の保護法益」「自由競争経済秩序」と比べると「……」さらに実質的で重大なものでなければならぬ」と主張していた。³⁷⁾

そこで三、では、本罪の要件の一つである「公共の利益に反して」（二条六項）のうち「公共の利益」の意義を巡る議論を手掛かりに、「消費者の利益（あるいは国民経済）」という表現の由来および意味を探索する。

（二）「公共の利益」の意義を巡って

前掲・最判昭和五九年二月二四日は、「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つても、右法益と当該行為によつて守られる利益とを比較衡量して、『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』という同法の究極的目的（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り、これと同旨の原判断は、正当として是認することができる。」と判示していた。論者は、かような判示が、「自由競争経済秩序」の「侵害だけで「本罪の」構成要件該当性が完全に充足されるわけではないこと」を「公共の利益に反して」の解釈において示し³⁸⁾たものと理解した。

では、「例外的な場合」とは如何なる場合か。前掲・東京高判昭和五五年九月二六日は、「公共の利益に反して」の意義を解釈する前提として一条を解釈したが、その中で、「右二条の」国民経済の民主的で健全な発達の促進の内容とし

て、消費者一般の利益と対立するような単なる事業経営上の利益を守るといようなものを含むものではないことは明らかである。」と判示していた。論者は、かような判示から、前掲・東京高判昭和五五年九月二六日が、「事業経営上の利益」を保護することが「消費者の利益」をそうすることに「つながる、あるいは少なくとも必要」な場合が「例外的な場合」に該当し得ると判断したと、また、前掲・最判昭和五九年二月二四日がかような判断を否定していないと理解した。⁽⁴⁰⁾

かような理解を踏まえれば、論者は、「公共の利益」を「消費者の利益」と解釈していたと推測されると同時に、「消費者の利益(あるいは国民経済)」という表現につき、次の三点も推測される。

第一に、「消費者の利益」という表現は「一般消費者の利益」(二条)に、「国民経済」という表現は「国民経済の民主的で健全な発達」(同条)に由来するものだった。

第二に、「一般消費者の利益」(の)「確保」(二条)と「国民経済の民主的で健全な発達」(の)「促進」(同条)は対立しない。「あるいは」という表現は、「消費者の利益」と「国民経済」の間のかような関係を意味するものだった。

第三に、「一般消費者の利益」(二条)のない「国民経済の民主的で健全な発達」(同条)は観念され得ない。「消費者の利益」が「国民経済」よりも強調されていたかのようにするのは、両者の間のかような関係を意味するものだった。

なお、「消費者の利益(あるいは国民経済)」という表現がかようなものだったとすれば、「消費者の利益」説には、それと親和的な経済法学説があったと言える。

論者は当初、「公共の利益」の意義を巡る経済法学説を取り上げ、今村成和と正田彬の各見解に大別し、前者を「競争の実質的制限があれば直ちに『公共の利益』に反すると」解釈する見解と、後者を「国民経済的利益あるいは一般消

「消費者の利益」と解釈する見解と要約した⁽⁴¹⁾。なお、論者の整理を踏まえて、前者を「公共の利益」の意義という形で大胆に要約し直せば、前者は、「自由競争経済秩序⁽⁴²⁾」と解釈する見解だったと言えよう⁽⁴³⁾。

論者は、経済法学説をかように整理した上で、「行政的規律」の場合は今村の見解が妥当だが、刑事的規律の場合は「別の判断もできるのではなからうか」と評価する一方、正田の見解に対する評価を明言していなかった⁽⁴⁴⁾。

しかし、「消費者の利益」説は、結果的に、正田の見解と親和的だったと言えよう。

第一に、正田は、「公共の利益」の意義を「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こと」(一条)と解釈していたからである⁽⁴⁵⁾。それによれば、「国民経済的利益」という表現は「国民経済の民主的で健全な発達」を、⁽⁴⁶⁾「一般消費者の利益」という表現は「一般消費者の利益」を意味していたと理解され得る。

第二に、正田は、「一般消費者の利益」(の)「確保」(二条)と「国民経済の民主的で健全な発達」(の)「促進」(同条)は「併列されるべき」もの、「相互に制約的な」ものでなく、前者は後者に「含まれ、その根底をなすもの」、⁽⁴⁷⁾後者があって「はじめて」後者があるものと解釈していたからである⁽⁴⁸⁾。「あるいは」という表現は、両者の間のかような関係を意味していたと、また、前者が基底的なものだったと理解され得る。

四. おわりに——評価と課題——

(一) 評価

では、かように理解され得た「消費者の利益」説は、如何に評価され得たか。

正田彬は、「消費者法」について法律家が体系的に書いたものとしては、ほとんど初めてのものではなかったか」と評価される⁽⁴⁹⁾『消費者の権利』(昭和四七年)の著者だった。正田は、同書で、本法が「目的」として「一般消費者の利益」の「確保」(二条)を定めていることを重視して、本法を「消費者の権利をまもる法」と解釈していた⁽⁵⁰⁾。それは、本法の法益が(前掲・最判昭和五九年二月二四日と異なり)「一般消費者の利益」(二条)で(も)あると解釈することだったと理解される⁽⁵¹⁾。

正田は、端的に言えば、本法を消費者保護法(現在は通例、消費者法と呼称される。)と(も)解釈していたと理解されるが、かような解釈は稀でなかった。例えば今村成和は、本法が「消費者保護のための先駆的立法」であり、それが「一般消費者の利益」の「確保」(二条)という「文言にも現われている」と評価していた⁽⁵²⁾。

「消費者の利益」説は、かような見解に親和的であると評価され得ただろう。また、かような評価および、本罪の法益を「自由競争経済秩序」と解釈する根拠が「公正且つ自由な競争」の「促進」(二条)にあったという理解を踏まえれば、「消費者の利益」説は「一般消費者の利益」の「確保」(同条)を根拠に主張され得るものと評価され得た⁽⁵⁴⁾だろう。

なお、前述の通り、正田が「一般消費者の利益」の「確保」(二条)に着目し、かつ、その「一般消費者の利益」が「消費者の権利」と解釈されることを示唆していたことに関連して、次の二つの学説は、注意されるべきものだっただろう。

第一に、経済法学説において、今村は、正田が主張した「消費者の権利」を、同人の「権利観は独断」と批判し、アメリカ合衆国大統領ケネディ(John F. Kennedy)が「消費者の利益の保護に関する特別教書」(一九六二年)で提唱した「消費者の権利」[consumer rights]⁽⁵⁶⁾を踏まえ⁽⁵⁷⁾、「一般消費者の利益」(二条)を消費者の「選ぶ権利」および「知る権利」と解釈していた点である⁽⁵⁸⁾。

第二に、刑法学説においても、藤木英雄が、『行政刑法』(昭和五一年)で、「これまで刑法とのかかわりが薄く、刑法

理論がほとんど関心を及ぼさなかつた分野」である「消費者保護」を取り上げ、ケネディが提唱した「消費者の権利」のうち「選択する権利 [the right to choose]」および「知らされる権利 [The right to be informed]」と本法の関係を示唆していった点である。⁽⁵⁹⁾

(二) 課題

最後に、かように評価され得た「消費者の利益」説には如何なる課題があり得たか。

論者は、(無過失)損害賠償責任が「消費者が協定価格を現実に支払うことによつてはじめて発生する」という理解を前提に、「刑罰は〔そ〕のような事態が発生しないように抑止するものである」と主張していた。⁽⁶¹⁾ かような主張の趣旨は主に、本罪の既遂時期を解釈することにあつたと理解され得るか、⁽⁶²⁾ 本罪の法益との関係では(無過失)損害賠償責任制度は「消費者」の財産を保護するものであるという理解が前提だつた。⁽⁶³⁾

しかしそもそも、「消費者の利益」説が「一般消費者の利益」(二条)を根拠に主張され得たとすれば、「一般消費者の利益」における「利益」に「消費者」の財産が含まれると解釈され得るのか、含まれ得るとして、如何なる意味でその解釈され得るのかを明らかにすることは、「消費者の利益」説の課題であり得ただろう。

もっとも、「消費者の利益」説がそのような課題を自覚することは困難だつただろう。経済法学説において、「一般消費者の利益」(二条)を、ケネディが提唱した「消費者の権利」を踏まえて、消費者の「選ぶ権利」および「知らされる権利」と解釈していた見解⁽⁶⁴⁾を念頭に、「消費者の『権利』ないし『利益』がどのようなものであるのかについて従来の説明は不十分であつた」という批判があつたのは、「消費者の利益」説が主張されてから約一五年後のことだつたからである。⁽⁶⁵⁾

注

- (1) 最判昭和五九年二月二四日刑集三八巻四号一、二八七頁を参照。
- (2) 前掲・最判昭和五九年二月二四日における「自由競争経済秩序」という表現は、その原判決(東京高判昭和五五年九月二六日高刑集三三巻五号五一頁)における「独占法は、同法第一条によると〔……〕直接には『公正且つ自由な競争を促進する』こと、すなわち自由競争経済秩序を維持すること(独占禁止政策)を目的とし〔……〕ているものと解される。」という判令に由来する(なお、引用〔訳文等を含む〕中の〔亀甲括弧〕および〔圈点〕は、松原によるものである〔以下同じ〕)。それゆえ、本罪の法益を「自由競争経済秩序」と解釈する根拠は、「公正且つ自由な競争」の「促進」(二条)にあったと理解され得る。
- (3) なお、通説も同様である(芝原邦爾『経済刑法研究上』(有斐閣、平成一七年〔初出は平成一〇年〕二六頁以下を参照)。
- (4) 林幹人『現代の経済犯罪——その法的規制の研究』(弘文堂、平成元年)以下「林『経済犯罪』」と引用する。(初出は昭和五九年)四九頁以下を参照。なお、林『経済犯罪』(初出は昭和五七年)三三頁以下は、判例のような解釈を本文で記述したように批判していたが、「あるいは国民経済」という表現を採用せず、他方、林幹人「判批(東京高判昭和五五年九月二六日高刑集三三巻五号三五九頁、五一頁)」今村成和『厚谷襄児編『独占法審決・判例百選』(第四版)』(有斐閣、平成三年)二五五頁は、「消費者一般・国家経済」という表現を採用しており、法益の表現には揺れがある。
- (5) なお、「消費者の利益」説に対する批判として、芝原邦爾『経済刑法研究下』(有斐閣、平成一七年〔初出は昭和六一年〕七二九頁以下)がある。
- (6) 林『経済犯罪』五五頁を参照。また、林幹人『刑法各論』(第二版)』(東京大学出版会、平成一九年)一三七頁も参照。
- (7) 林『経済犯罪』四九頁以下を参照。なお、林『経済犯罪』三三頁を参照。
- (8) 芝原邦爾「財産の刑法上の保護」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学三——財産』(岩波書店、昭和五八年)二四二頁以下は、「自由競争経済秩序」を保護する本法を含む経済法規中には「市民の経済生活を侵害する違法な取引を処罰すること」により「市民の経済生活」を「保護すること」に寄与する刑罰法令」があることを前提に、「芝原が『近代社会』と対置する」「現代社会」の場合、「市民の財産」は、「伝統的な財産犯罪」よりも、「市民の経済生活を侵害する違法な取引」により「脅かされる危険がより大きい面がある」と主張して、「石油カルテル事件」(前掲・東京高判昭和五五年九月二六日等)を例示していた。ただし、芝原は、本罪の法益を「自由競争経済秩序」と解釈する点に注意すべきである(芝原・前掲注〔5〕七二九頁以下を参照)。

- (9) 後述の通り、論者は、(無過失)損害賠償責任制度(二五条、民法七〇九条)等が「消費者」の「財産を保護するものである」という理解を前提に、本罪の法益を解釈したが、そもそもなぜ、かような同制度等に着目したのかが問題である。
- (10) Vgl. Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 4. April 1974 (BGBl. I S. 869). なお、時代は不同、競争制限禁止法の改正に関する第四次法律 (Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. April 1980 (BGBl. I S. 458)) による改正後のものがあるが、競争制限禁止法の対訳として、公正取引委員会事務局『西ドイツ独占禁止法(競争制限禁止法)』(昭和五八年)が、同法の紹介として、鈴木孝之『西ドイツ競争制限禁止法の論理』(一)〜(二)・完」公取三八四号(昭和五七年)二二頁以下〜三九六号(昭和五八年)五五頁以下がある。それらは、競争制限禁止法の改正に関する第四次法律による改正前の競争制限禁止法はもちろん、専門家委員会の立法案を理解し、あるいは訳出する際にも有用である。
- (11) 競争制限禁止法案(一九五三年)の理由書によれば、本罪に相当する行為が犯罪でなく秩序違反と評価されたのは、国民等に「競争を制限する契約[……]が許されないもの」が、倫理的に非難されるべきものであるとどう実感[*ein lebendiges Gefühl*]が欠如していたからである(Vgl. Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158, Anl. 1, S. 27f.)。ただし、理由書では「今日よりも、自由競争という考え方が重要であると実感されるような時代」になれば、本罪に相当する行為が秩序違反から犯罪へ格上げされ得ると(あえて)説明されていた点に注意すべきである(Vgl. ebd., S. 28)。なお、同案の紹介(理由書の抄訳を含む)として、高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』(三省堂、平成九年)一四五頁以下がある。ただし、訳出は、それを参考に行った。
- (12) *Bundministerium der Justiz (Hrsg.)*, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts - X, Bd., Bonn 1976, S. 118. 「市場経済秩序に反する行為が有害である」とおよび「公衆が市場経済」というものを受け入れた」と(二)の事情が考慮された(Vgl. ebd.)。
- (13) 競争制限禁止法三八条一項のうち、一号では同法一条(後掲注(14)を参照)により「契約[*Verträge*]」等が無効であるにもかかわらず、それを「無視した[*sich hinwegsetzen*]」場合が、八号では二五条(後掲注(15)を参照)に違反した場合が各々、秩序違反であると定められていた。なお、同法三八条四項では、各秩序違反の効果が一〇万ドイツ・マルク以下または「違反行為によって獲得した超過売上[*der Mehrerlös*]」の三倍以下の過料であると定められていた。
- (14) 競争制限禁止法一条では、競争を制限する「契約」等が無効であると定められていた。
- (15) 競争制限禁止法二五条一項では、「相互協同行為[*ein aufeinander abgestimmtes Verhalten*]」が禁止されると定められていた。
- (16) Vgl. *Bundministerium der Justiz (Hrsg.)*, a. a. O (Anm. (12)), S. 119.

- (17) *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, a. a. O (Ann. (12)), S. 124f. ただし、下線および採決の結果は省略した。なお、訳文として、小林敬和「自由競争に対する刑法的保護の必要性(二・完)——テーデマンの意見を参考にして——」東邦学誌一三巻(昭和五八年)四八頁以下がある。ただし、訳出は、それも参考に行った。
- (18) 正確には、「経済政策目的及び社会生活目的を達成するための市場経済上の統制手段としての競争」である (Vgl. *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, a. a. O (Ann. (12)), S. 119. Vgl. auch ebd., S. 21, 24f.)。
- (19) Vgl. *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, a. a. O (Ann. (12)), S. 42.
- (20) 林『経済犯罪』三二頁を参照。
- (21) 価格の上昇が僅かであるにもかかわらず「莫大な財産的利益」が想定され得るのは、「大量生産品」に関する競争制限が想定されていたからである (Vgl. *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, a. a. O (Ann. (12)), S. 43.)。
- (22) Vgl. *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, a. a. O (Ann. (12)), S. 39.
- (23) 林『経済犯罪』四一頁を参照。
- (24) 林・前掲注(4)二五五頁も、「独占禁止法違反行為は、自由競争秩序、さらに消費者一般・国家経済に対して、ホワイト・カラーが行う犯罪である点で、一般の窃盗や殺人とはかなり異なる性格をもっている。」と評価して、本罪がホワイト・カラー犯罪であることを強調している。
- (25) 林『経済犯罪』四三頁注(一)は、EDWIN H. SUTHERLAND, WHITE COLLAR CRIME (1949)を底本とするE・H・サザランド(平野竜一＝井口浩二訳)『ホワイト・カラー犯罪——独占資本と犯罪——』(岩波書店、昭和三〇年)(以下「訳書」という。)を引用していた。そこで以下、サザランドの主張は訳書による。ただし、訳出は、訳書を参考に行った。
- (26) *id.* at 9 (訳書八頁以下を参照)。
- (27) *id.* at 12 (訳書一二頁を参照)。
- (28) 林『経済犯罪』(初出は昭和六二年)一七〇頁、一七一頁注(八)を参照。
- (29) サザランドは「らわゆるシャーマン反トラスト法 (Sherman Antitrust Act of 1890) がその嚆矢である」と主張していた (See, SUTHERLAND, *supra* note (25), at 42 (訳書四三頁を参照))。
- (30) See, *id.* at 49 (訳書五〇頁を参照)。
- (31) *id.* at 50 (訳書五〇頁を参照)。
- (32) 林『経済犯罪』一六九頁以下、一七一頁注(七)を参照。なお、論者は当初、サザランドのかような主張を間接的に参照していた。なぜなら、

論者は、「反トラスト法違反の特徴」として、「被害は拡散しているために、個々人にはそれ程強く感じられず、しかもマスコミなどによってもあまり大きくは取り上げられないこともあって、違反行為に対する共通の反対感情は一般社会の中になかなか形成されにくい」ことを挙げて、John J. Flynn, *Criminal Sanctions Under State and Federal Antitrust Laws*, 45 Tex. L. Rev. 1301, 1318 (1967) を引用していたが(林『経済犯罪』二二頁を参照)、『プリン』は、サザランドを引用して、「反トラスト違反」の場合、その影響が拡散しないこと、報道機関が、事件を報道しないため、「反トラスト違反に対する国民の反感〔憤り〕を喚起しない」ことを指摘していたからである。ただし、論者の記述の重点は「被害の拡散性」になかった。

(33) その上でサザランドは、「ホワイト・カラー犯罪の多くは、アメリカの制度の根本原理を侵すものである。」と主張していた(SUTHERLAND, *supra* note (25), at 13 (訳書二二頁を参照))。ただし、林『経済犯罪』一七〇頁は、サザランドの主張を紹介する中で、「その点に言及していた。例えばシャーマン反トラスト法一条(15 U. S. C. §1 (1946))は、取引等を制限する契約を締結すること等が軽罪(misdemeanor)であり、一年以下の自由刑もしくは五千ドルの罰金刑が科され、または、それらが併科されると定めていた。なお、時代はより、Act of Jul. 7, 1955, ch. 281, 69 Stat. 282 および Act of Jul. 7, 1955, ch. 283, 69 Stat. 282 による改正後のものであるが、同法の訳文として、OECD編(公正取引委員会事務局訳編)『海外主要国の独占禁止法』(商事法務研究会、昭和四五年)五三頁以下がある。

(35) SUTHERLAND, *supra* note (25), at 83 (訳書八四頁を参照)。

(36) *id.* at 88 (訳書八八頁を参照)。

(37) 林『経済犯罪』三二頁以下を参照。

(38) 林『経済犯罪』四九頁以下を参照。

(39) 前掲・東京高判昭和五五年九月二六日は、「本件のような共同行為ですのでなければ被告会社らの企業維持ができず、あるいは著しく困難になり、ひいてわが国における石油製品の安定的かつ低廉な供給確保に著しい支障を生ずるような事情があったことは証拠上これを認めることができ」と判示した。「被告会社らの企業維持」は「事業経営上の利益」に、「わが国における石油製品の安定的かつ低廉な供給確保」は「消費者の利益」に該当すると推測される。

(40) 以上、林『経済犯罪』四八頁を参照。

(41) 林『経済犯罪』三二頁を参照。

(42) なお、論者は、公正取引委員会も同様の見解を採用していると評価したが(林『経済犯罪』三二頁を参照)、かような評価は一般的なものだっただろう(金子晃『公共の利益』の意義と機能―丹宗昭信Ⅱ厚谷襄児編『新版独占禁止法の基礎』(青林書院、昭和五三年)九〇頁以下等を参照)。

- (43) なお、「自由競争経済秩序」の維持とは、「公正且つ自由な競争」(の)「促進」(一条)である(今村成和『独占禁止法「新版」』(有斐閣、昭和五三年)五頁、六頁を参照)。
- (44) 今村・前掲注(43)八三頁、八四頁、八六頁を参照(ただし、今村成和『私的独占禁止法の研究(五)』(有斐閣、昭和六〇年)一〇一頁注(四)を参照)。
- (45) 以上、林『経済犯罪』三二二頁を参照。
- (46) 正田彬『全訂独占禁止法(一)』(日本評論社、昭和五五年)一九二頁を参照。
- (47) なお、林『経済犯罪』三九頁注(二六)は、金沢良雄『独占禁止法の構造と運用』(有斐閣、昭和五四年)を引用していたが、同書(初出は昭和四九年)一六頁以下は、「国民経済の民主的で健全な発達」(一条)を「国民経済的利益」と表現していた。
- (48) 正田・前掲注(46)一一二頁を参照。ただし、一般消費者の利益(の)「確保」(一条)および「国民経済の民主的で健全な発達」(の)「促進」(同条)の各意義、延いて本法の性質に関する正田の見解は独特である点に注意すべきである。
- (49) 舟田正之「正田彬先生の人と業績を振り返る」『ジュリ』三八八号(平成二年)六三頁。
- (50) 正田彬『消費者の権利』(岩波書店、昭和四七年(新版は平成二年))七八頁。
- (51) 『消費者の権利』の構想が提示されていたと理解され得る正田彬『経済法の性格と展開』(日本評論社、昭和四七年(初出は昭和三八年))五八頁注(三)は、三津田松吉『消費者行政』立法の動向と課題「法時三四卷一」号(昭和三七年)六五頁が「消費者の利益の確保ということは公正かつ自由な取引行為を通してうける間接的、又は、反射的な利益とならざるを得ない」と主張していたことを「妥当ではない」と評価していた。
- (52) 今村成和『独占禁止法入門』(有斐閣、昭和五八年(第四版は平成五年))七頁以下を参照。その他、竹内昭夫「消費者保護」竹内ほか『現代の経済構造と法』(筑摩書房、昭和五〇年)の目次(なお、鴻常夫「序」同書四頁は、同論文を「わが国消費者保護法の最初の本格的な体系書」と評価していた)、伊藤進ほか『消費者の権利(賢い消費者)のすすめ』(有斐閣、昭和五一年)一〇頁以下「木元錦哉」、北川善太郎Ⅱ及川昭伍編『消費者保護法の基礎』(青林書院新社、昭和五二年)の目次、加藤一郎Ⅱ竹内昭夫編『消費者法講座第三巻 取引の公正Ⅰ——価格を中心に』(日本評論社、昭和五九年)の目次も参照。
- (53) なお、時代は下り、神例康博「独禁法における不当な取引制限の罪の合目的的解釈」日大院二一号(平成四年)は、法益を「全法政策的観点から保護に値すると認められた生活利益」と定義した上で(一九四頁以下を参照)、「不当な取引制限」に対する規制(本罪を含む)の法益につき、「一般消費者の利益(の)確保」(一条)に着目し、また、経済法学説(今村成和等)を参照して、「消費者の経済生活利益」という観点から理解「する」必要がある」と主張した(一九八頁以下を参照。また、一九九頁註(一)も参照)。

- (54) なお、時代は下り、中山研一ほか編著『経済刑法入門(第三版)』(成文堂、平成十一年)一八五頁「中山」は、本罪の法益を「一般消費者の経済的利益」と解釈したが、かような解釈が「独禁法の究極の目的(前掲・最判昭和五九年二月二十四日における「究極の目的」という表現、すなわち「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こと(一条、特に「一般消費者の利益を確保すること」が想定されていると推測される。))とも合致する点で妥当」と評価した。また、前掲注(53)を参照。
- (55) 今村成和『私的独占禁止法の研究(四)Ⅱ』(有斐閣、昭和十一年〔初出は昭和四八年〕一五六頁以下を参照。
- (56) John F. Kennedy Presidential Library and Museum のウェブサイト (<https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>) を参照。なお、訳文として、経済企画庁消費者行政課編『資料 消費者行政(Ⅳ) 世界の消費者行政』(大蔵省印刷局、昭和四九年)六七五頁以下がある。
- (57) なお、正田が主張していた「消費者の権利」は、ケネディが提唱した「消費者の権利」から影響を受けたものかにつき、今村・前掲注(55)〔初出は昭和四八年〕三三五頁は肯定したのに対して、正田彬『消費者運動と自治体行政』(法研出版、平成元年〔初出は昭和六一年〕)三五頁は、「ケネディ教書の内容を知りえない時点でまとめた論文で整理したのが最初で」、「類似点は偶然の一致」であり、「内容、考え方においても違う面が多い」と否定した。
- (58) 今村・前掲注(55)三三三頁以下、三三七頁を参照。また、今村・前掲注(52)五頁以下も参照。
- (59) 藤木英雄『行政刑法』(学陽書房、昭和十一年)二七〇頁以下を参照。ただし、藤木は、高橋正ほか『食品・薬品公害 消費者主権確立への闘いのすすめ』(有斐閣、昭和四八年〔新版は昭和五二年〕)一七頁以下で、「消費者保護法のあるべき姿」という項目を分担執筆していたこと、ケネディが提唱した「消費者の権利」のうち「選択する権利」と本法の関係を示唆していたことに注意すべきである。
- (60) 二五条の「被害者」には「一般消費者」が含まれる(今村・前掲注(43)二二六頁、正田彬『全訂独占禁止法(Ⅱ)』(日本評論社、昭和五六年)三六五頁を参照)。
- (61) 林『経済犯罪』四九頁以下を参照。
- (62) 林『経済犯罪』四五頁も参照。なお、論者は、本罪の既遂時期を解釈するに当たり、排除措置命令(七条)の発出が(例えば、価格の引上げによる「不当な取引制限」の場合)価格の引上げの決定でなく、その「実施まで要する」という理解も前提としていた(林『経済犯罪』五〇頁を参照)。例えば勧告審決昭和四九年二月二日審決集二〇巻三〇〇頁のように、「法令の適用」で、「元売十二社は、共同して石油製品の販売価格の引上げを決定し、これを実施することにより」と記述されるのが「通例」であるという評価があったからだろう。しかし、かような記述の意味、すなわち「実施」は「不当な取引制限」の要件なのかには、「消費者の利益」説が主張された当時すでに、議論があった点に注意すべきである(以上、実方謙二『独占禁止法と現代経済(増補版)』(成文堂、昭和五二年〔初出は昭和四九年〕)

一四五頁以下を参照。ただし、同『改訂独占禁止法』(青林書院新社、昭和五八年)一〇五頁以下を参照。

- (63) なお、論者は(無過失)損害賠償責任制度のほかに、課徴金納付命令制度(七条の二)における「課徴金は協定価格によって現実に不法な利益を得たときにはじめて、その納付を命ずることができる。」という理解も前提としていた。かような理解は、「当該行為の実行としての事業活動を行った日」、つまり「実行期間」の始期を(例えば、価格の引上げによる「不当な取引制限」の場合)「現実に値上げが行われた日」と解釈すること(川井克倭『カルテルと課徴金企業生命握る独禁審決』(日本経済新聞社、昭和六一年)一五四頁を参照)が前提だったと推測される。しかし、課徴金が、「不当な取引制限」を行った事業者におけるいわゆる不当利得、すなわち(消費者)の財産の喪失に(擬制であれ)相当するものだったとしても、同制度が(消費者)の財産を保護していたことにはならないだろう(なお、同制度の目的を巡る議論につき、伊永大輔『課徴金制度——独占禁止法の改正・判審決からみる法規範と実務の課題——』(第一法規、令和二年)一〇頁以下を参照)。

- (64) 根岸哲『独占禁止法の基本問題』(有斐閣、平成二年(初出は昭和五四年)八五頁以下を参照。より簡潔には、根岸哲ほか『独占禁止法入門』(有斐閣、昭和五八年)一一頁以下「根岸」を参照。なお、根岸の解釈は、川浜昇「競争秩序と消費者」ジュリ一一三九号(平成一〇年)二五頁注(五)が推測した通り、ケネディが提唱した「消費者の権利」を踏まえたものと評価され得る(根岸哲「消費者保護と独禁政策」ひろば二七巻一二号(昭和四九年)三〇頁以下、三二頁以下を参照)。

- (65) 川浜・前掲注(64)二二頁以下を参照。

(本学法学部准教授)