

松 山 大 学 論 集
第 30 卷 第 5 - 1 号 抜 刷
2 0 1 8 年 12 月 発 行

課徴金と罰金の関係
—— 独禁法の議論を中心に ——

明 照 博 章

課徴金と罰金の関係

—— 独禁法の議論を中心に ——

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 制裁制度の整理
- 三 独禁法における課徴金導入の経緯と「課徴金への罰金の併科」
の可否に関する「根拠づけ」の変化
- 四 罰金の制度趣旨
- 五 独禁法における課徴金に罰金を併科し得るための条件
- 六 独禁法における課徴金と罰金の調整規定の意義
- 七 最後に

一 本 稿 の 目 的

日本の独占禁止法（以下、「独禁法」という。）においては、独禁法違反行為者に対して、課徴金を課す条項（独禁法7条の2、8条の2、20条の2～20条の6）¹⁾と罰金を科す条項（独禁法89条、90条、91条）を有している。課徴金及び罰金は、いずれも独禁法違反行為者から、強制的に金銭を徴収する制度であり、さらに、同一の行為に対して、課徴金及び罰金が課（科）されることのあり得ることが予定されている。

この点に関して、具体的な事例として、北陸新幹線消融雪設備工事（以下、「本件工事」という。）の入札に関わる事例がある²⁾。平成23年9月14日、本件工事の入札参加業者11社は、東京都内の飲食店において開催した会合において、本件工事について、受注価格の低落防止等を図るため、①11社を順番に受注予定者とすること及びその順番、②前記①の順番を変更する場合は、関係

各社間の協議によること、③受注予定者以外の者は、受注予定者が受注できるように協力することの3点に関して合意した。これに対して、公正取引委員会（以下、「公取委」という。）は、上記の行為が、公共の利益に反して、本件工事の取引分野における競争を実質的に制限していたと評価し、独禁法3条（不当な取引制限の禁止）の規定に違反すると判断した。一方で、公取委は、鉄道・運輸機構が発注する本件工事の入札談合事件について犯則調査を行った結果、不当な取引制限の禁止に違反する行為が独禁法89条1項1号にも該当するとして、平成26年3月4日、上記11社のうち8社及び被告会社8社で設備工事の請負等の業務に従事していた8名（刑法60条、独禁法95条1項1号、89条1項1号、3条）を検事総長に告発した。告発された8社及び8名は、告発日と同日となる平成26年3月4日に起訴され、平成26年9月30日から同年11月14日までの間に、8社（独禁法95条1項1号、89条1項1号、3条）及び8名（刑法60条、独禁法95条1項1号、89条1項1号、3条）に対していずれも有罪判決が言い渡された³⁾。

このように、独禁法は、課徴金に罰金が併科され得る仕組みとなっており、実際に、双方が課（科）される事例が存在するが⁴⁾、このような制度がそもそも許されるのか、すなわち、課徴金という不利益を課すことが「行政的サンクション」⁵⁾又は「制裁」⁶⁾としての性格を有するため、課徴金への罰金の併科は、憲法39条後段が定める二重処罰の禁止（「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」）に抵触するのではないかが問題となり、課徴金納付命令制度の導入当初から議論の対象となっている。なぜならば、仮に、課徴金納付命令が「刑事上の責任」にあたるのであれば、独禁法は、課徴金納付命令対象行為と同一の行為を刑事罰の対象とするので、憲法39条後段に反することになるからである。

この点に関して、課徴金と罰金の制裁目的が異なるから、課徴金と罰金が併存され同時に課（科）されるとしても直ちに違憲ではないという解釈をとるとしても、さらに、課徴金と罰金の目的はそれぞれ何であるかについて検討する

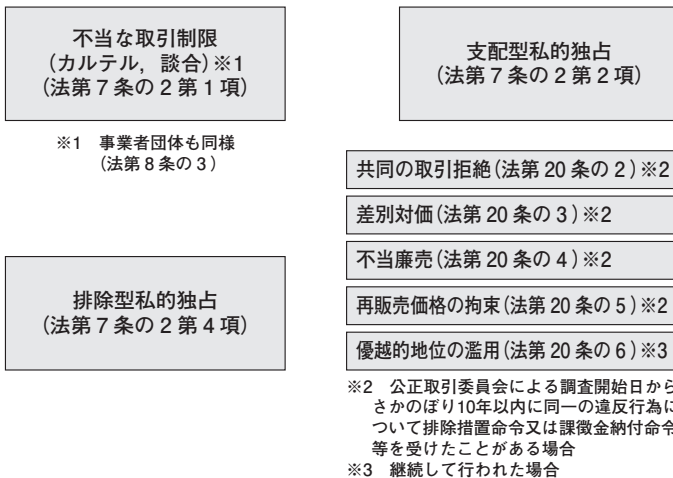
必要がある。

そこで、本稿では、まず、制裁制度を整理し、課徴金への罰金の併科が二重処罰の禁止に抵触するか（憲法違反の有無）に関する議論を確認し、罰金の制度趣旨に検討した上で、独禁法における課徴金に罰金を併科するための条件に考察を加え、さらに、独禁法における課徴金と罰金の調整規定について言及したい。

※本稿は、平成 28(2016)年 9 月 11 日に開催された「Symposium on Legal Developments in Japan and Taiwan」（主催：台湾・成功大學法律學系）において報告した原稿に、その後の独禁法改正を踏まえて加筆修正したものである。

注

1) 課徴金の対象行為（<http://www.jftc.go.jp/dk/seido/katyokin.html>）



2) http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/oct/151009_1.html この事例の詳細に関しては、拙稿「日本の独禁法における課徴金納付命令制度」『松山大学論集』28 巻 1 号（平 28 年・2016 年）114 頁以下参照。

3) ただし、被告人 8 名に対しては、いずれも刑の執行が猶予された（刑法 25 条 1 項）。経緯の詳細に関しては、拙稿・前掲注(2) 114 頁以下参照。

- 4) 独占禁止法違反に対する刑事告発及び犯則事件の調査に関する公正取引委員会の方針 (http://www.jftc.go.jp/dk/dk_qa.files/kokuhatsuhoushin.pdf)。課徴金と罰金の運用についての概略は、拙稿・前掲注(2) 136 頁注(70) 参照。
- 5) 村上政博＝栗田誠＝矢吹公敏＝向宣明編〔栗田誠〕『独占禁止法の手続と実務』（平 27 年・2015 年）185 頁。
- 6) 白石忠志『独禁法講義』第 7 版（平 26 年・2014 年）103 頁、第 8 版（平 30 年・2018 年）110 頁。

二 制裁制度の整理

制裁は、「社会規範の違反に対して、その行態を否認したり思いとどまらせたりする意図でもって行われる反作用であり、一定の価値・利益の剥奪ないし一定の反価値・不利益の賦課をその内容とするもの」と定義され⁷⁾「国家が主体で法制度として組織化されている法的制裁と、それ以外の社会的制裁に分けることができる」とされる⁸⁾。そして、制裁は、「過去の違反行為に対して科されること」を「要素」とするので、不利益の賦課であっても、「このような要素を持たないもの」は「制裁ではない」とされる⁹⁾。

例えば、上記の事例では、本件工事の入札参加業者 11 社は、東京都内の飲食店において開催した会合において、本件工事について、受注価格の低落防止等を図るため、①11 社を順番に受注予定者とすること及びその順番、②前記①の順番を変更する場合は、関係各社間の協議によること、③受注予定者以外の者は、受注予定者が受注できるように協力することの 3 点に関して合意している。これに対して、公取委は、公共の利益に反して、本件工事の取引分野における競争を実質的に制限していたと評価し、独禁法第 3 条（不当な取引制限の禁止）の規定に違反する行為であると判断して、課徴金が課されている。一方で、公取委は、鉄道・運輸機構が発注する本件工事の入札談合事件について犯則調査を行った結果、不当な取引制限の禁止に違反する行為が独禁法 89 条 1 項 1 号にも該当するとして検事総長に告発した。その後、告発された者には、罰金が科されている。

上記の例では、いずれにも「過去の違反行為」(①～③の行為)に対して、課徴金が課され、罰金が科されているので、制裁であると考えられる¹⁰⁾。そして、課徴金と罰金は、いずれも、国家が主体となった法制度として組織化された法的制裁であるから、国家が法執行として行える根拠を調整する必要がある、その調整において、国家を名宛人とする規範である憲法の制約に服することになる。それゆえ、課徴金と罰金の併存の可否が憲法上問題となるのである。

注

- 7) 佐伯仁志『制裁論』(平21年・2009年)7頁。ただし、田中教授は、上記の定義を「社会的制裁」とされる(田中成明『法的空間』(平5年・1993年)141頁)。
- 8) 佐伯・前掲注(7)8頁。田中教授によれば、「法的制裁」は、「社会的制裁の一特殊形態である」(田中・前掲注(7)141頁)。
- 9) 佐伯・前掲注(7)8-9頁。その例として、佐伯教授は、次のように指摘される(佐伯・前掲注(7)9頁)。すなわち、「義務の不履行に対して一定額の過料を科すことを通告して間接的に義務の履行を促し、義務を履行しないときにはこれを強制的に徴収する制度は、『執行罰』と呼ばれているが、過去の行為に対する制裁ではなく、強制執行の一種(間接強制)である」とされる。
- 10) 課徴金の評価に関しては、佐伯・前掲注(7)11頁参照。日本の独禁法における課徴金納付命令制度は、平成17年改正によって、「行政上の制裁としての性格を明確化」したとされる(松原英世『刑事制度の周縁』(平26年・2014年)131頁)。

三 独禁法における課徴金導入の経緯と「課徴金への罰金の併科」の可否に関する「根拠づけ」の変化

1 独禁法における課徴金導入の経緯

課徴金納付命令制度は、独禁法制定当時から存在していたのではなく、昭和52年に導入された制度であるが、本制度の規制対象は、当初、価格カルテル等の禁止の実効性を確保するという行政目的を達成するために、価格カルテルと数量制限カルテルとなった¹¹⁾。

ただし、このような行政措置として違反行為者に対して金銭的不利益(つま

り課徴金)を課す制度は、昭和52年以前の日本においては殆ど前例がなかった手法である。課徴金という不利益を課すことが「行政的サンクション」又は「制裁」としての性格を有するため、課徴金と罰金の関係が問題となり、憲法39条後段が定める二重処罰の禁止(「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」)に抵触するか否かについて、課徴金脳命令制度導入当初からその制度設計を検討する上で議論の対象となっている。なぜならば、仮に、課徴金納付命令が「刑事上の責任」にあたるのであれば、課徴金納付命令対象行為と同一の行為を刑事罰の対象としている独禁法は、憲法39条後段に反することになるからである¹²⁾

公取委は、前述の通り、11社に対して「独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構が発注する北陸新幹線消融雪設備工事の入札参加業者らに対する排除措置命令及び課徴金納付命令」を出しているが、そのうちの8社(及び8名)については、検事総長に刑事告発をなし、いずれの被告会社(及び被告人)に対しても有罪判決が言い渡されている(上記の通り、8社は罰金に処されている)。ここでは、課徴金納付命令と罰金とが同一の行為に対して課(科)されているが、これが憲法39条後段に違反するのであれば、違憲無効ということになるのである。

行政上の措置と刑罰の関係については、「法人税法上の追徴税」が「遁脱犯に対する刑罰」と並置されていることを巡って下された昭和33年最高裁大法院判決¹³⁾の趣旨を前提に解釈論が展開されている。すなわち、昭和33年判決によれば、法人税法上の追徴税は、名宛人の反社会性や反道徳性に着目する刑罰とは異なり、第1に、違反があれば原則として必ず課され、第2に、違反行為の抑止を目的としている、という条件を満たすので、「行政上の措置」であるとされ、刑罰と併存しても憲法39条に違反しないのである¹⁴⁾

そこで、課徴金納付命令制度を立法する際には、この第1及び第2の要素を取り込むことになった¹⁵⁾さらに、憲法39条後段違反となることを回避するために、上記の2つの要件以外に第3の要件として挙げることによって、課徴金

額は、違反行為によって余分に得た不当利得の額を超えず、「不当利得を剥奪する」ために制度であるから、「制裁ではない」ので、二重処罰禁止に抵触しない（「不当利得剥奪論」）という理由が付け加えられ、強調されることになった。

2 「課徴金への罰金の併科」の可否に関する「根拠づけ」の変化

第3の要件は、憲法39条後段違反を回避するために、課徴金納付命令制度の「行政的サンクション」又は「制裁」としての性格を薄める（否定する）ための追加されたものであるが、「不当利得剥奪論」の枠組みを維持する限り、課徴金のカルテルに対する抑止力は十分ではなく、一方、課徴金のカルテルに対する抑止力を実質化した場合、「不当利得剥奪論」の枠組みを維持することが困難となる関係にあった。

日米構造協議において、¹⁶⁾ 米国側から独禁法の運用強化が強力に求められたため、平成3年の独禁法改正において、課徴金の「一定率」が引き上げられたが、なお課徴金のカルテルに対する抑止力としては不十分であるという評価があった。これは、「不当利得剥奪論」の枠組みを維持する場合に生じる当然の帰結であり、課徴金のカルテルに対する抑止力を実質化するためには、「不当利得剥奪論」の枠組みとは別の枠組みにおいて、課徴金納付制度を正当化する必要が生じていたのである。

このような中、佐伯教授は、「不当利得剥奪論」に対して批判論が展開され、これとは別の枠組みにおいて、憲法39条後段違反を回避することを正当化する見解を示された¹⁷⁾ すなわち、教授によれば、憲法39条後段の保障は、二重訴追の禁止という手続的保障に限定して理解することになる。それゆえ、憲法39条後段は、同一の行為に対して1つの制裁規定を二度以上適用することを禁止するものであり、同一の行為に対して2つの制裁規定を用意し適用することは禁止するものではないと解することができる。一方、刑罰権の実体面での制約原理は、罪刑均衡の原則に求めるべきであり、これを前提とすると、行政

制裁と刑事罰との併科は、これが立法者の意図である限り、その制約は、二重処罰の禁止ではなく、罪刑均衡の原則からなされるべきことになる。そして、罪刑均衡の原則を考える場合には、厳密な意味での刑罰に限定して考えるのではなく、行政制裁を含めて考えるべきである。罪刑均衡の原則は、「個人の権利と自由を不当に制限しない」という憲法上の要請からきているから、国家機関による不利益な取扱いが刑事罰であるか否かに関係なく、適用されるはずだからである。

これを前提とすると、行政制裁に加えて刑事罰を科すことが不当であるとするれば、それは、二度に分けて課（科）すからではなく、全体として罪刑の均衡を失していることを意味することになり、課徴金の算定に関する「一定率」について、「理論的」には、「不当利得剥奪」の視点を考慮する必要がなくなったわけである。

上記の議論に加え、さらに、平成17年に下された最高裁判決¹⁸⁾下されたが、本判決は、「課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではない」とした。それゆえ、本判決によって、課徴金の算定に関する「一定率」について、「不当利得剥奪」の視点を考慮する必要がない点について、最高裁による「お墨付き」が与えられたといえる¹⁹⁾

以上から、現在では、課徴金納付命令制度は、刑事罰とはその趣旨及び目的を異にするため、課徴金を課すること自体には、憲法39条後段への抵触は生じないが、全体として罪刑の均衡を失する場合には、1つの違反行為に対して必要以上の過剰な不利益が国家から課されてはならないという観点から議論されるようになっていく²⁰⁾。それゆえ、以下では、刑罰として科される罰金の制度趣旨を検討した上で、課徴金と罰金を併科するための条件を検討し、課徴金と罰金の調整規定の意義に考察を加えることにする。

注

- 11) 導入の背景としては、昭和40年末の石油ショックに伴う経済の混乱に対処するために当時の独禁法では十分対応できない問題が許容できないレベルに達していたことがあり（郷原信郎「課徴金と刑事罰の関係をめぐる問題と今後の課題」『ジュリスト』1270号（平成16年・2004年）23頁。田中誠二＝菊池元一＝久保欣哉＝福岡博之＝坂本延夫〔菊池元一〕『コンメンタル独占禁止法』（昭和56年・1981年）22頁参照）、さらに、長期的な背景としては、「競争制限的慣行の一般化」や「経済力の集中の進行」が日本経済に悪影響を与えていた（厚谷襄児＝糸田省吾＝向田直範＝稗貫俊文＝和田健夫編〔実方譲二〕『条解独占禁止法』（平成9年・1997年）5頁）ことが指摘されている。
- 12) 憲法39条後段に関する意義に関する議論の歴史的経緯（概要）については、拙稿・前掲注(2)123頁以下参照。
- 13) 最大判昭33・4・30民集12巻6号938頁。
- 14) 白石忠志『独占禁止法』第3版（平成28年・2016年）653-4頁。
- 15) この点に関して、公取委は、課徴金納付命令制度導入当時、次のように指摘している。すなわち、「課徴金」は、「相手方に経済的な不利益を課するものであり、制裁的な効果をもつが、刑罰ではなく、行政官庁である公正取引委員会が、対価に影響のある違法カルテルが行われたときに、一定の基準に従ってその額を算定し、行政手続によりその納付を命ずる」ものであり、課徴金納付命令の要否及び納付金額の決定において、公取委の「裁量」は「認められていない」。課徴金と刑事罰の関係について、「課徴金」が「違法なカルテルを排除し、競争秩序を維持する」という「行政目的を達成するためのもの」であるのに対して、「刑事罰」は「反社会性の強い違反行為について公正取引委員会が告発し、有罪とされた場合に科されるもの」である。それゆえ、「課徴金と刑事罰」は「全く異なった観点」から「適用される」ものであるから、「一つの事件に対して、両方が適用されることもあり得る」とするのである（公正取引委員会官房企画課「独占禁止法改正の要点」『公正取引』320号（昭和52年・1977年）15-6頁）。
- 16) 日米構造協議は、平成元年（9月）～平成2年（6月）の間、5回にわたり協議が行われた（岡田羊祐＝川渕昇＝林秀弥編〔岡田羊祐＝林秀弥〕『独禁法審判決の法と経済学』（平成29年・2017年）4頁参照）。
- 17) 佐伯・前掲注(7)73頁以下。
- 18) 最判平17・9・13民集59巻7号1950頁。
- 19) 山口厚編著〔島田聡一郎〕『経済刑法』（平成24年・2012年）268-9頁。
- 20) 白石・前掲注(6)第7版104頁は、「『行政上の措置』でありさえすれば、その実質が制裁的なものであっても差し支えない、という前提で、現在の課徴金議論はおこなわれている」とする。

四 罰金の制度趣旨

1 刑罰の特徴（実体面）

罰金は、刑罰の一種であるが、刑罰の位置づけとして、川島博士は次のように指摘される。すなわち、「一般に、どの社会においても、社会秩序があり、して『よい』ことと『わるい』こととが区別され、『よい』行為および『わるい』行為に対する反応として、行為の『よい』、『わるい』の評価を行為者に示す一定の型の行為（サンクション）がおこなわれる。そうして、当該の社会で『わるい』と評価される程度の特に高い行為は、『罪』と呼ばれ、そのような評価を表示する特定のサンクション（『罰』と呼ばれる）がおこなわれる」とされる²¹⁾ 言い換えると、刑罰は、「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的非難を加える」場合に用いられるのである。^{22), 23)}

2 刑罰の特徴（手続面）

次に、刑罰を科する際に用いられる制度に関して、川島博士は次のように指摘される。博士は、「罪に対して罰を加えるという社会的過程は、政治権力がこれを行う場合には特殊な形態をとるのが普通である」とし、²⁴⁾ 「多くの社会では－特に文明社会或いは民主主義社会では－、政治権力に支配される人々（被治者）と政治権力のにない手とのあいだに、何らかの対抗関係（力の抑制、均衡の関係）…があり、その結果、罰を科する政治権力をコントロール（抑制）する方法として、何が罪であるか、罪に対してどのような刑罰を科するかの決定にたいして一定の判断規準を設けておき、それに従った決定によるのでなければ罰を科することができないものとする制度ができている」とした上で、²⁵⁾ この制度を「刑事裁判」と指摘する。²⁶⁾

3 近代刑法が前提とする人間像と刑罰を科する根拠

さらに、典型的な市民社会として、川島博士は次のように指摘される。すな

わち、博士は「典型的な市民社会は、絶対主義権力に対し自己を主張して自由を獲得したところの近代的市民の社会であり、経済的自律に基礎づけられたところの自律的な独自の『社会』である。市民社会の第一の根元的な構造は、それが『自由な個人』のみで成り立つということである。封建的＝絶対主義的な拘束（政治的・社会的また道徳的）から解放された『自由』な個人の営利的活動が、経済生活および社会生活の原動力となつたのである」とされる²⁷⁾ 言い換えると、市民革命によって広がった「市民法秩序」は、「それ以前の封建的な規制・束縛から個人を解放するという側面をもっていた」わけである²⁸⁾ 「市民社会」は「自由な孤立せるアトム的人間を単位として構成される」²⁹⁾ そして、このような「利己心の原動力」に基づき、個人の活動によって経済が発展するためには、各個人が「一人前の」(mündig)「自主的な人間」でなければならない。つまり、市民社会の構成員は、「自らの責任を自覚し、自己の行為を単独に決定し得、また規律し得るような自主的人間人格」を有する者である³⁰⁾ それゆえ、「近代の市民社会においては、利己の人間はその孤立性ととも、常に当然に他人をもそのような同質者として相互に承認しあうことなしには、存在の目的を達成し得ない」のであるとされる³¹⁾ 言い換えると、市民法秩序は「『自由で平等な個人』の間の『契約』に基づく社会」(契約社会)において築かれるものであり³²⁾ 契約は、「自由で平等な個人の自由な意思に基づく」ものとされるのである³³⁾

日本においても、明治維新以降の政府によって近代化政策がとられたが、現行刑法は、近代化の一環として成立したものであるので、(少なくとも暗黙の前提としては)上記の市民法秩序を前提としたものとなっているはずである³⁴⁾

このような経緯を前提とすると、日本の刑法も近代法である。それゆえ、日本の刑法が予定する人間像も「一人前の」「自主的な人間」であり、「自らの責任を自覚し、自己の行為を単独に決定し得、また規律し得るような自主的人間人格」を有する者である。言い換えると、「理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」であり³⁵⁾

「刑法は、理性的な討議により自律的にルールを形成し、共生・連帯・互譲の精神でもって答責的に振る舞う国民像を前提とする」ものといえるであろう³⁶⁾。このような人々によって構成される近代社会（自由で平等な個人が自由意思に基づいて契約を結び、他人との関係を構築していく社会）において、「人はお互いが自由答責的な存在であるという前提のもとに、法共同体を構成し、相手方が刑罰法規にふれる違法な行為に及ばないことを信頼し合いながら生活している」のである³⁷⁾。それゆえ、「刑法の前提は、正常で安定した社会と、自らの力で社会を生き抜くことができる一定の知的・身体的能力を備えた人」ということである³⁸⁾。

ところで、「刑事責任は構成要件該当の違法な行為をなしたことを理由として行為者に対してなされる社会的な非難又は呵責性であるが、その根拠は、刑法規範が一定の行為を禁止・命令することにより、行為者に対して規範に合致した意思決定の義務を課し、行為者は適法な行為の決意に出ねばならないにもかかわらず、義務に違反して適法な行為の決意に出ず、違法な行為の決意をなしたことにある」とされるが³⁹⁾、人はお互いに「相手方が刑罰法規にふれる違法な行為に及ばないことを信頼し合いながら生活している」「(刑)法共同体」を想定した場合、「なぜ、刑法規範が一定の行為を禁止・命令するのか」については、次のように説明できる。すなわち、人間は元来「社会的」動物であり⁴⁰⁾、言い換えれば、「人間は、他者と共同生活を営まなければ生存できない」存在であるから、「他者との共同生活」は「人間の存続」という意味において「人間存在の本質」に関わる⁴¹⁾。それゆえ、人はお互いに「相手方が刑罰法規にふれる違法な行為に及ばないことを信頼し合いながら生活している」「法共同体」において、この「法共同体」の「想定に反する行為」、「法共同体」の「禁止・命令に反する行為」つまり「構成要件該当の違法な行為」は、「人間存在の本質」に「反する行為」となるのである。したがって、刑法規範は一定の行為を禁止・命令するのである。

次に、「社会的な非難又は呵責性」が生じる理由であるが、「人はお互いが自

由答責的な存在であるという前提のもとに、法共同体を構成し、相手方が刑罰法規にふれる違法な行為に及ばないことを信頼し合いながら生活している」という関係が成立するためには、そこで生活する者は、「一人前の」「自主的な人間」つまり「自らの責任を自覚し、自己の行為を単独に決定し得、また規律し得るような自主的な人間人格」を有する者である必要がある⁴²⁾ これを刑法規範側から評価すると、行為者に対して規範に合致した意思決定の義務を課すことになる⁴³⁾ この義務を前提として、行為者は適法な行為の決意に出ねばならないにも拘らず、義務に違反して適法な行為の決意に出ず違法な行為の決意をなした場合、「社会的な非難又は呵責性」が生じることになるのである。刑罰の要件として、ドイツ連邦通常裁判所は、「責任」(Schuld)を要求し、責任は「非難可能性」(Vorwerfbarkeit)であるとする⁴⁴⁾ 刑罰は「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的な非難を加える」場合に用いられるが、この行為者に対する非難を正当化するには、犯罪成立のために必要となる責任(非難可能性)が要求されるのである⁴⁵⁾

4 量刑判断の方法

刑法の予定する人間であれば、(少なくとも、故意的に)「刑罰法規にふれる違法な行為」をなすはずはない。しかし、現実には、「刑罰法規にふれる違法な行為」がなされた場合、犯罪の成立を前提として刑罰を科することによって、刑法の予定する人間像からの逸脱を確認することになる⁴⁶⁾ この逸脱を確認する制度が刑事裁判であることは上述の通りであるが、刑事裁判において、行為者に刑罰を科す場合、まず、行為者の行為が犯罪と評価できるかが問題となる。そして、犯罪とは、刑法上、構成要件に該当する違法かつ有責的な行為と定義されている。言い換えると、犯罪が成立するためには、「行為者の『行為』に対する法律上の評価」⁴⁷⁾ 及び「行為者の『意思決定(意思形成)』に対する法律上の評価」⁴⁸⁾ を経ることになるが、この評価を経て、行為者に対する量刑判断がおこなわれる。

「量刑における責任」に関して、井田教授は、ブルンスの定義を引用しつつ、「帰責可能な不法」とされる⁴⁹⁾ すなわち、行為責任の分量を決めるのは、根本において「違法の量」⁵⁰⁾ であるが、ただそれは「帰責可能」でなければならない。つまり、「責任（非難可能性）」のフィルターを通った（その意味で限定された）違法の量が、「行為責任の量」であるとされる⁵¹⁾ それゆえ、これを前提とすると、「刑の程度・分量を決める基本」は、「犯罪行為そのものの重さ（学術的概念を使えば、犯罪行為そのものの可罰性の程度）」になる⁵²⁾ なぜならば、行為責任の分量を決めるのは、根本において「違法の量」なので、現行刑法の下での処罰根拠又は処理理由は、刑罰法規に規定された行為でなければならないからである。そして、「行為責任とは、刑の量刑にあたっては現に犯された犯罪行為にふさわしいと考えられる刑を定めることを基本とするもの」と定義され⁵³⁾ 量刑実務における量刑判断の在り方は、「①犯情事実（犯罪行為それ自体に関わる事実）により量刑の大枠を決定し、②その大枠の中で一般情状事実を、刑を（微）調整させる要素として被告人に有利ないし不利に考慮して、いわゆる量刑相場を踏まえつつ最終的な量刑を決定する」という指摘があるが⁵⁴⁾ 井田教授は、「犯情事実」（個別的犯罪行為）により「量刑の大枠を決定する」根拠として、現行刑法での処罰根拠又は処罰理由は、「刑罰法規に規定されたその行為」でなければならないことがあげられ、これを前提とすると、「犯罪行為そのものに関わる諸事情（その可罰性の程度に影響する諸事情）としての犯情」が「刑の程度・分量を決める」にあたっての「基本」になる⁵⁵⁾ 他方、「将来の犯罪の予防」（一般予防及び特別予防）、「被害者の諸利益の保護」（例えば、被害者に生じた損害の回復）、さらには、「刑事司法の実現への協力」（それによる司法機関の負担軽減）といった「（広義における）刑事政策的考慮に関わる事情」つまり「一般情状」は、「原則的に」「刑の量を上下に若干修正する要素」又は「大枠の中で刑の量を調整する要素」という意味づけのみが与えられる⁵⁶⁾ その根拠として、「一般情状」（一般予防を含む）は、本質的な処罰の根拠・理由に関係するものとはいえず、刑罰に期待される「二次的な効

果」に関わるに過ぎないことがあげられる^{57), 58), 59)}。

注

21) 川島武宜 [村山眞維 転写校訂]「第六章 罪と罰についての意識」『法律論叢』87 巻 6 号 (平 27 年・2015 年) 272-3 頁。

22) 佐伯・前掲注(7) 128 頁。ただし、佐伯教授は、「刑罰制度の最終的な目的」を「国民の利益(法益)の保護にある」とし、これを達成するために、刑罰には、「違反行為の抑止を図る」ことを目的とするとされている(佐伯・前掲注(7) 128-9 頁)。

なお、飯田准教授は「法が人間行動に与え得る影響」として次の A～C をあげる(飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』(平 16 年・2004 年) 138-9 頁)。

法が人々の行動に及ぼす影響

A. 選好に対する影響

B. コストとベネフィットの布置に対する影響

a. サンクション(直接の行動規整)による影響

b. 情報的影響

C. 意味の変化を通じた影響

23) 刑罰は「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的非難を加える」場合に用いられるが、この犯罪の「烙印づけ」は、「社会的な不名誉のサイン(スティグマ)を刻印する」ということもできる。スティグマに関して、ゴフマンは次のように指摘する。すなわち「スティグマという言葉を用いたのは、明らかに、視覚の鋭かったギリシア人が最初であった。それは肉体上の徴をい**しるし**表わす言葉であり、その徴は、つけている者の徳性上の状態にどこか異常なところ、悪いところのあることを人びとに告知するために考案されたものであった。徴は肉体に刻みつけられるか、焼きつけられて、その徴をつけた者は奴隸、犯罪者、謀叛人—すなわち、穢れた者、忌むべき者、避けられるべき者(とくに公共の場所では)であることを告知したのであった」とする(ゴフマン [石黒毅訳]『スティグマの社会学』改訂版(平 13 年・2001 年) 13 頁)。

24) 川島 [村山]・前掲注(21) 273 頁。

25) 川島 [村山]・前掲注(21) 273 頁。

26) 川島 [村山]・前掲注(21) 273 頁。エリクソンは、「コミュニティの成員がその境界の位置についてたがいに情報を交換しあうのは、集団の縁をあえてはみ出した者が、コミュニティの文化統合の防衛を特別な任務とする治安要員と出あって起きる対決に参加した時である」とし、この「対決」の一例として「刑事裁判」をあげている(エリクソン [村上直之・岩田強訳]『あぶれピューリタン 逸脱の社会学』(平 26 年・2014 年) 21 頁)。

27) 川島武宜『法社会学における法の存在構造』(昭 25 年・1950 年) 112 頁。なお、旧漢字

は、適宜常用漢字に修正した。なお、「市民社会」の内容については、「理念としての市民社会」、「歴史的系譜の中で生まれてきた市民社会」等、視点により異なるものとなり得ることは指摘しておく必要がある（村上淳一『ドイツ市民法史』初版（昭60年・1985年）、新装版（平26年・2014年）2-6頁〔引用は後者による〕参照）。

28) 水町勇一郎『労働法』第7版（平30年・2018年）11頁。

29) 川島・前掲注(27) 113頁。「市民社会」が「自律的な個人」の「アトムスティックな集積にすぎない」とする点に関して、村上教授は次のように指摘される。「絶対制国家」になって「中間的団体」が「政治的に無力化され」、つまり、「政治的自律性を否認され」た後に、なお「個人=家長の倫理的自律性を支えたさまざまな団体（その多くは任意的な結社としての性格をもつことになる）」こそが「中央集権の基礎の上に立つ近代国家の強烈的な保障」を欠き得ない「市民社会」をして、それにも拘らず「自律的な独自のな〈社会〉」たらしめたのではないだろうか、言い換えると、「市民社会の自律性」は、「経済的自律」のみに基礎づけられるのではなく、団体によって媒介された「倫理的自律」をも必要としたのであらうとされる。そして、団体的秩序としての市民社会が崩壊して初めて、「自由な孤立せるアトムの人間」が出現するとされた上で、ここで出現した者は、「自律的な独自のな〈社会〉」を担うことなく、次第に「権威主義的組織化の対象」となり、ついには「自由から逃走して全体主義的支配に自己をゆだねる」ことになると指摘される（村上・前掲注(27) 5-6頁）。

30) 川島・前掲注(27) 113頁。

31) 川島・前掲注(27) 113頁。なお、村上教授は、「アトムの人間」（=孤立した利己的人間）と全体主義との関係について、次のように指摘される。すなわち、全体主義は「アトムの個人主義」を攻撃し、団体主義を標榜しながら、実際には団体の自律を否認し、「アトムの人間」の孤立化を推進したとされるのである（村上・前掲注(27) 6頁）。

32) 水町・前掲注(28) 11頁。

33) ただし、「自由で平等な個人の自由な意思に基づく契約」は「法的フィクション（実際には自由で平等ではないのにそう捉えられる擬制）」であることが認識されるようになり（社会的取引の限界として、ゴドリエ〔山内昶訳〕『贈与の謎』初版（平12年・2000年）新装版（平26年・2014年）294頁〔引用は後者による〕は、「生まれるために両親と契約する子供」の不可能性を指摘する）、この弊害を是正するために、労働法が成立している。すなわち、「自由で平等な個人の自由な意思に基づく契約」という「法的フィクション」の下に、大量の非熟練労働者（「人間」）が、「物」と同様に自由な取引の対象とされ、非人間的に取扱われるという事態が工業化の進展の中で各国に見られるようになった。労働者の肉体的・経済的危険と人間的不自由を是正する技法として発明されたのが、「集団」法としての「労働法」であるとされる（水町・前掲注(28) 13頁）。

34) ただし、現行刑法は、「啓蒙主義的な市民的自由主義思想」を背景としたフランス刑法ではなく、ドイツ刑法の影響のもと制定されているが（川端博『刑法総論講義』第3版（平

25年・2013年) 19頁。さらに、日本刑法における改正の動きについては、川端博『刑法特別講義・講演録』(平28年・2016年) 3-6頁, 148-80頁を参照), ヨーロッパを起源とする刑法を継受していることは確認できる。なお、日本において、ドイツ法学が優位になっていく過程については、川端博『宮城浩藏の人と刑法思想』(平30年・2018年) 57頁以下参照。

- 35) 安田拓人「刑法における人間」『法律時報』80巻1号(平20年・2008年) 45頁。ドイツ連邦通常裁判所は、「責任非難の内的根拠は、人間は自由で責任ある倫理的自己決定をする素質を賦与されており、従つて、法に従い不法に反すべく決心し、自己の行態(Verhalten)を法的為の規範に適合せしめ法的に禁ぜられたことをさける能力があるという点に存する」としている(BGHSt. 2. 194. 訳は、福田平『違法性の錯誤』初版(昭35年・1960年), 復刊版(平11年・1999年) 112頁による。なお、ここでの「責任ある」は、verantwortlichの訳語として用いられている)。それゆえ、安田教授の指摘する人間像は、ドイツ連邦通常裁判所が前提とする人間像と基本的に同一のものと評価できるであろう。
- 36) 安田・前掲注(35) 49頁。
- 37) 安田・前掲注(35) 46頁。なお、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(平30年・2018年) 282-4頁参照。さらに、小田教授は、「人々が『規範』遵守を信頼しあうからこそ生活上の『自由』を享受できるとき、規範違反が(『自由』の侵害を経由して)『生活』の侵害に達する構造を想定できる」とする(小田直樹「法益侵害説について」『神戸法学年報』31号(平29年・2017年) 29頁)。
- 38) 安田・前掲注(35) 50頁。
- 39) 木村龜二〔阿部純二増補〕『刑法総論』増補版(昭53年・1978年) 302頁, 川端博『責任の理論』(平24年・2012年) 27頁。Vgl. BGHSt. 2. 194.
- 40) 川端博『法学・刑法学を学ぶ』(平10年・1998年) 17頁。
- 41) 拙稿「正当防衛における『やむを得ずにした行為』の意義」『川端博先生古稀記念論文集』上巻(平26年・2014年) 164頁。
- 42) これは、村上教授に従えば、「倫理的自律」と呼ぶことができる。
- 43) この義務は「本来」「確認的なもの」であるはずである。行為者は、「本来」「一人前の」「自主的な人間」であるから、適法な行為の決意をするはずだからである。これは、責任能力を考える上でも重要な視点となるであろう。「近代社会における人間は『本来』『一人前の』『自主的な人間』である」という視点は、近代社会において有責的に行為でき、刑罰を受ける意味のある者を選別する視点となり得るからである。
- 44) BGHSt. 2. 194. 川端・前掲注(39) 24頁参照。
- 45) ここでの「非難」は「人は倫理的自律性を有する」ことを前提とした非難ということになる。
- 46) 「刑罰を科す」ことは、「社会の境界を標示する」ものといえるが、この点に関して、エリクソンは、次のように指摘する。すなわち、「最初に、社会の境界を標示する唯一の資

料はそのメンバーの行動である—というよりも、メンバーを規則的な社会関係にむすびつける相互作用のネットワークである。そして集団の外縁をもっとも効果的に位置づけ、それを公にする相互作用は、一方は逸脱の人間、他方はコミュニティ公認の統制執行者の間で行われる相互作用である。逸脱者とはその活動が集団の限界からはみ出る人間であり、コミュニティが彼にそのはみ出した理由を説明させるとき、コミュニティは自らの境界の性質と位置について表明しているのである。それはまた、どの程度まで変化と多様性を認めたら、集団の識別可能なかたちと固有のアイデンティティが失われるかの表明でもある」とするのである（エリクソン [村上・岩田訳]・前掲注(26) 20頁）。

47) 違法性は、「意思の実現としての行為が法秩序に反する」という意味での「無価値性」又は「無価値判断」（木村龜二『犯罪論の新構造（上）』（昭41年・1966年）286頁）・「反価値性」又は「反価値判断」とであるとされる（川端・前掲注(39) 27頁）。

48) 責任は、「意思の形成すなわち決意が法秩序の要請に反する」という意味での「無価値性」又は「無価値判断」（木村・前掲注(47) 286頁）・「反価値性」又は「反価値判断」（川端・前掲注(39) 27頁）であり、「実現意思の形成にいたる動機決定」についての評価であるとされる（木村・前掲注(47) 286頁、川端・前掲注(39) 27頁）。

49) 井田良「裁判員裁判と量刑」『司法研修所論集』122号（平25年・2013年）203頁。

50) なお、日本では、違法性判断において「行為の法益侵害ないしその可能性」を考慮することが「不可欠である」ことを前提として議論されている。

51) 井田教授は、違法と責任の役割として次のように指摘される（井田・前掲注(49) 204頁）。すなわち、「違法」とは、「処罰の理由づけの判断」であり、「処罰のエンジン部分」であるのに対して、「責任」とは、「処罰を限定する判断」であり、「処罰のブレーキ部分」である。言い換えると、「責任」は、「非難であることを本質とする刑（応報刑）を正当化できる限度に処罰を限定する（処罰要求にブレーキをかける）動きをもつ」とされる。

52) 井田良「裁判員裁判と量刑」『論究ジュリスト』2号（平24年・2012年）60頁。

53) 樋口亮介「日本における執行猶予の選択基準」『論究ジュリスト』14号（平27年・2015年）104頁。さらに、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（平24年・2012年）5-6頁参照。

54) 司法研修所編・前掲注(53) 6頁。

55) 井田・前掲注(52) 60頁。

56) 井田・前掲注(52) 60頁。なお、「将来の犯罪予防（一般予防及び特別予防）」に関して、松澤教授は、次のように指摘しておられる（松澤伸=高橋則夫=橋爪隆=稗田雅洋=松原英世 [松澤伸]『裁判員裁判と刑法』（平30年・2018年）27頁）。すなわち、教授は「予防的考慮を排除することは、実証不能な事情を量刑から排除することであるから、量刑基準の明確化にとって、極めて有益な成果をもたらすことが期待である」とされる。

57) 井田・前掲注(52) 60頁。

58) 井田教授は、行為責任主義をとる利点として次のように指摘される。すなわち、行為責

任主義によれば、「処罰」が（「処罰根拠をなすその行為」（構成要件該当行為）つまり「個別違法行為」（条文に書かれた違法行為）という）「処罰根拠に基づくもの」に限定され、「不明確になりがちな犯罪予防の判断に限られた役割のみを与え」、「量刑判断の斉一性・平等性・公平性」が「実現」されると指摘する（井田・前掲注(49) 205-6 頁）。そして、行為責任主義は、①「行為責任の量を上回る科刑」、②「違法を前提としない責任による刑の加重」、③「当該犯罪の違法性に関わらない（保護法益と無関係な）要素による刑の加重」を禁止するものとされる（井田・前掲注(49) 206 頁）。

59) 裁判官の量刑判断と数値換算に関して、心理学的視点から考察したものととして、佐伯昌彦『犯罪被害者の司法参加と量刑』（平 28 年・2016 年）222 頁以下参照。また、佐伯・注(59)において言及されているアメリカにおける連邦量刑ガイドラインの「量刑思想の変化」に関しては、松原・前掲注(10) 22 頁以下も参照。

五 独禁法における課徴金に罰金を併科し得るための条件

1 課徴金と罰金の目的の差異

課徴金は、罰金（刑罰）と同様、制裁の一種であることは二で述べた通りであり、課徴金と罰金を併存させている現行独禁法が憲法 39 条後段に抵触するものではないことについて、三で述べた通りであるが、課徴金への罰金の併科を肯定するためには、それぞれの制度趣旨が異なることが必要である。すなわち、刑罰は「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的な非難を加える」場合に用いられるが、この行為者に対する非難を正当化するには、犯罪成立のために必要となる責任（非難可能性）が要求されるのである。それゆえ、課徴金と罰金（刑罰）の目的が異なるためには、課徴金を納付させることには、「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的な非難を加える」要素が含まれてはならない。つまり、犯罪成立のために必要となる責任（非難可能性）が、課徴金には含まれない仕組みとすべきある。

上述のように、課徴金納付命令制度は、「独禁法に違反する行為を防止する」という行政目的を達成するためのものであり、刑罰のように「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的な非難を加える」ことを目的としてないのであれば、課徴金に罰金を併科できる⁶⁰⁾。

2 課徴金への罰金の併科を可能とする要件

では、具体的にどのような要件が充たされれば、併科できるのであろうか。独禁法の制度趣旨に遡って検討することとしたい。

(1) 独禁法の制度趣旨

日本は、「市場経済体制」、「自由経済体制」言い換えると「資本主義体制」を採用しており、⁶¹⁾「市場の時代」、「競争の時代」を迎えた現在において、⁶²⁾独禁法を「経済秩序の基本法」言い換えると「経済憲法」と位置づけることは、⁶³⁾「自明」となっており、⁶⁴⁾この点に関して、裁判所も次のように指摘している。すなわち、ラップ価格カルテル事件において、東京高裁は「独禁法は、改めていうまでもなく、我が国における自由競争経済を支える基本法であり、特に今日、一般消費者の利益を確保するとともに、国際的にも開かれた市場の下で、我が国経済の健全な発展を図るため、公正かつ自由な競争を促進し、市場経済秩序を維持することが重要な課題となっており、このため国内的にも、また、国際的にも、独禁法の順守が強く要請されてきている」と判示し、⁶⁵⁾また、社会保険庁シール入札談合事件においても、東京高裁は、「独禁法は、我が国の事業活動について、『公正かつ自由な競争を促進し』『国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的』として、国内における自由経済秩序を維持・促進するために制定された経済活動に関する基本法である。国内外において右理念の遵守が強く叫ばれている現下の社会・経済情勢下において、同法は経済活動に携わる事業関係者に等しく守られなければならないものである」としている。^{66), 67)}

上記のような日本における独禁法の直接の目的は、「公正且つ自由な競争を促進」することにあり（独禁法1条）、その対象者は、基本的に「事業者」である。⁶⁸⁾独禁法2条1項によれば、「事業者」は「商業、工業、金融業その他の事業を行う者」と定義されているが、「事業」とは、最高裁によれば、「なんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反覆継続して受ける経済活動を指し、

その主体の法的性格は問うところではない」ので、「地方公共団体も、同法の適用除外規定がない以上、かかる経済活動の主体たる関係において事業者にあたると解すべきである」としている⁶⁹⁾。それゆえ、判例上、事業者は、必ずしも営利を目的とした者ではないが、公取委は次のように説明する。すなわち、「独禁法により公正かつ自由な競争が確保される市場において、事業者は、自らの創意工夫によって、消費者から選ばれる魅力的な商品を提供しようと競争し」、「ライバルとの競争を勝ち抜いた事業者は、売上げを伸ばして成長し、日本経済の活性化・発展に寄与する」ことになる⁷⁰⁾。公取委の説明によれば、少なくとも、独禁法が規制の対象とする事業者「像」は、利益を上げて自活する者（組織）を念頭においていると考えられ、事業者らが「公正且つ自由な競争」を行うことを通じて、日本経済が活性化し、発展していく、という循環が生じることを前提としている。

課徴金納付命令制度も、「市場経済体制」、「自由経済体制」言い換えると「資本主義体制」を前提として、「事業者らが『公正且つ自由な競争』を行うことを通じて、日本経済が活性化し、発展していく」という循環を支える制度であるはずであるが、同制度は、前述の通り、「独禁法に違反する行為を防止する」という行政目的を達成するために、行政庁である公取委が違反事業者に対して金銭的不利益（課徴金）を課す制度である。言い換えれば、この制度は、価格カルテル等の禁止の実効性を確保する（いわゆる「やり得」を防止する）という行政目的を達成するために、公取委が価格カルテル等を行った事業者から競争制限による経済的利得を課徴金として国庫に納付させる制度である。仮に、事業者が価格カルテル等を行い競争制限による経済的利得について野放しにしておくと、事業者は、敢えて他の事業者と競争することなく経済的利益を得る道を選択する可能性が高い。当面の利益を得るためには、価格カルテル等を行った方が容易だからである。しかし、「市場経済体制」、「自由経済体制」言い換えると「資本主義体制」を前提として、「事業者らが『公正且つ自由な競争』を行うことを通じて、経済が活性化し、発展していく」という循環にある

社会の方が、長期的に見れば、その社会に帰属する者全体（事業者を含む）が大きな利益を得る可能性が高くなる。それゆえ、事業者が価格カルテル等の競争制限等つまり独禁法違反行為を行わない状況を作出する必要がある。そして、事業者が独禁法違反行為を行わない状況を作出するためには、独禁法違反行為の「効果」（課徴金納付）が企業存続のために必要な固定的経費となり、この固定的経費が「割の合わない」（利益の上がらない）ものとなっている必要がある。事業者は、等価的交換の経済原理を前提とした経済活動を行うことによって経済的利益をあげる存在だからである。逆に言えば、事業者は、利益の上がらない行為を行わないと想定できるので、ここに、独禁法違反行為を抑止する効果が認められるのである。

（2）課徴金への罰金の併科を可能とする具体的な要件

「課徴金納付制度」を「独禁法違反行為抑止の制度」として捉えた場合、まず、課徴金納付制度は、独禁法に違反する行為を行えば、必ず課徴金が課される仕組みであることが望ましい⁷¹⁾ 必ず課徴金が課される仕組みであれば、事業者は、（独禁法違反行為により納付が必要となる）「課徴金」を企業の運営に必要となる固定的経費（例えば税金や人件費等）と同様なものと捉え、経費として計算するようになる⁷²⁾

次に、課徴金額については、（独禁法違反行為により納付が必要となる）課徴金が企業運営のために「割の合わない」（利益の上がらない）程度のもとなっていることが必要である。仮に、課徴金が低額であれば、事業者は課徴金を納付した方が企業運営にとって有利になると判断することになる。それゆえ、課徴金額は、営業利益が出ない程度であることが最低限度の条件となる⁷³⁾

（3）日本の課徴金納付命令制度の基本設計⁷⁴⁾

課徴金納付命令制度は、昭和33年最高裁大法廷判決が示した「名宛人の反社会性や反道徳性に着目する刑罰とは異なり」「違反があれば原則として必ず

課され、違反行為の抑止を目的としている」を踏まえたものになっている。すなわち、まず、課徴金は、刑事罰との区別を明確にするために、非裁量的な設計になっている（**非裁量性**⁷⁵⁾）。また、課徴金納付命令制度は、課徴金額の計算基準が明確であって、運用が容易であるような設計されている（**明確性／簡易性・機動性**）。さらに、課徴金を課す場合の要件として、主観的要件を置いていない（**客観性**⁷⁶⁾）。最後に、課徴金納付命令制度に関して、課徴金と罰金の調整規定があるが、これについては、次の六において検討する。

注

- 60) 「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的非難を加える」ために、刑法上、犯罪が成立するためには、責任（非難可能性）が要求される。この点を考慮して、現行独禁法において課徴金が課される場合、「主観的犯罪成立要件」（刑法 38 条 1 項）は要求されていない。しかし、刑法上、過失犯の処罰についても肯定する点に鑑みると（刑法 38 条 1 項ただし書き）、主観的要件の排除によって、「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的非難を加える」ことを「回避する」つまり「刑罰ではない」といえるかについてはさらに説明する必要がある。
- 61) 根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』第 5 版（平 27 年・2015 年）1 頁。
- 62) 泉水文雄＝土佐和生＝宮井雅明＝林秀弥〔泉水文雄〕『経済法』第 2 版（平 27 年・2015 年）2 頁。
- 63) 泉水＝土佐＝宮井＝林〔泉水〕・前掲注(62) 6 頁。この認識は、実務も共有しているといえる。すなわち、公取委事務総局官房総務課審決訟務室長（平成 28 年 11 月 1 日現在）岩下生知氏によれば、「独占禁止法」は、「わが国における自由競争経済を支える基本法であり、『経済憲法』とも呼ばれる法律である」とされる（山崎恒＝幕田英雄監修〔岩下生知〕『論点解説 実務独占禁止法』（平 29 年・2017 年）1 頁）。
- 64) 根岸＝舟田・前掲注（61）1 頁。
- 65) 東京高判平 5・5・21 高刑集 46 卷 2 号 108 頁。
- 66) 東京高判平 5・12・14 高刑集 46 卷 3 号 322 頁。
- 67) すでに、川島博士は、昭和 17 年の段階で次のように指摘されていた。博士は「自律的な経済法則の支配は、それに対する障害から、近代国家の手によつて防衛されるのでなければ、成り立ち得ない」（川島・前掲注(27) 115 頁）、言い換えると、「国家の法の任務は経済の自律的發展を干渉しみずから形成するにあるのではなく、ただそれを保障し整序し調整するにあるのでなければならない」（川島・前掲注(27) 141 頁）と指摘されている。
- 68) 川島博士は、「市民社会」を「もっぱら商品交換の経済的原理に基礎をおく」ものとし、

市民社会では「すべての人間は相互に自主的主体者として承認する」ものとされる(川島・前掲注(27) 125頁)。また、「市民社会」は、「高度の社会的分業(資本所有者と労働者との分裂, 資本所有者間の分業)の基礎の上に立つ」「高度に社会的な商品生産社会」であり, したがって「生産手段および生産物は『私的所有』の客体」となる。そして, この「社会的分業」は「私的所有」の主体が「自らの意思」に基づき「商品を等価において交換すること」によって総合される。それゆえ, 「市民社会の経済」は, 「商品の等価的交換」によって「媒介される」「経済」であると指摘されている(川島・前掲注(27) 140頁)。ただし, 前掲注(29)において指摘した通り, 「市民社会」を「経済的自律」のみで基礎づける点には批判がある。

69) 最判平元・12・14民集43巻12号2078頁。

70) <http://www.jftc.go.jp/houdou/panfu.files/dokkinpamph130606.pdf>

71) 独禁法違反行為は, 外部から認識にくい形で行われることが多い。そこで, 課徴金減免制度の活用が期待される。課徴金減免制度は, 同制度を通じて違反事業者が公取委へ情報提供を行うことにより公取委の審査を効率化させることに寄与していることに着目し, この寄与が「公正且つ自由な競争を促進」することに資するものと評価され, 違反事業者＝情報提供者に対する課徴金の一部又は全部を免じる仕組みである。

72) なお, 現在, 裁量型課徴金制度の導入について, 議論されている(「独占禁止法審査手続についての懇談会」(平成26年12月24日)「報告書」37頁以下。村上＝栗田＝矢吹＝向編[村上政博]・前掲注(5) 42頁以下参照)。固定費的経費として課徴金を捉えた場合, 裁量型課徴金制度を導入したとしても, 上限については, 確定している必要があると思われる。

73) 報告書・前掲注(72) 38頁は, 「我が国の課徴金の水準は欧米より低く, また算定期間も短い(日本は最長3年, 欧米は制限なく10年も珍しくない)」から, 「現行課徴金額を上限とすることでは不十分である」とする。

74) 日本の課徴金納付制度の基本設計及び問題点については, 拙稿・前掲注(2) 137-9頁参照。

75) 現在, 裁量型課徴金制度の導入について議論されていることは前述の通りである。なお, 平成26年段階では, 次の指摘があった。すなわち, 課徴金納付命令制度は, 平成17年改正において「不当利得相当額以上の金額を徴収する仕組み」となったとはいえ, 不当利得と無縁になったわけではない。「不当利得の約1.25倍を課徴金として課するのが基本線である」という指摘である(白石・前掲注(6) 第7版105頁)。

76) 課徴金は, 「刑罰ではない」という建前であるから, 刑法38条1項の適用はない(刑法8条)。

六 独禁法における課徴金と罰金の調整規定の意義

課徴金と罰金は、共に制裁としての性格があることについては二で示した通りである。それゆえ、1つの違反行為に対して必要以上の過剰な不利益が国家から課されてはならない（罪刑均衡）という観点から、刑事罰と課徴金の調整規定が設けられ、罰金額の半額が課徴金額から控除されている（7条の2第19項～21項又は63条）という指摘がある①⁷⁷⁾

一方、独禁法の調整規定の根拠として「両者には『法律違反行為の防止』という意味での『一般予防』効果が観念でき、その部分で重なっていると評価できるから、この重なり合いを調整する規定が独禁法7条の2第19項～21項又は63条ということになる」と指摘した②⁷⁸⁾

1 罪刑均衡

①の指摘を踏まえて、「罪刑均衡」の観点から、課徴金と罰金の調整規定を説明すると、次のようになる。すなわち、全体として罪刑の均衡を失する場合には、1つの違反行為に対して必要以上の過剰な不利益が国家から課されてはならないという観点から、刑事罰と課徴金の調整規定が設けられているという説明それ自体は正当である⁷⁹⁾

2 「課徴金を課す過程」と「罰金を科す過程」の比較—行動統制効果（犯罪予防効果）の説明

では、②の指摘は無条件に正当であろうか。

この点に関して、佐伯教授は、「行政制裁と刑罰は、どちらも違反行為の抑止を図ることを目的としている」とされており⁸⁰⁾行政制裁（課徴金）と刑罰（罰金）の共通点として「違反行為の抑止」を強調すれば、独禁法における調整規定は、両制度が有する共通点を根拠とした経済的不利益の賦課に関して、課徴金と罰金の賦課において二重評価が生じないようにするために、罰金額の

半額が課徴金額から控除されている仕組みになっていると評価できる。

たしかに、「独禁法において課徴金を課す目的は独禁法違反の抑止にある」点について、経済合理性の観点から論理的に説明できる。すなわち、長期的に見れば、「市場経済体制」、「自由経済体制」言い換えると「資本主義体制」を前提として、事業者らが「公正且つ自由な競争」を行うことを通じて、経済が活性化し、発展していく、という循環にある社会(競争社会)の方が、競争制限社会よりも、その社会に帰属する者全体(事業者を含む)が大きな利益を得る可能性が高くなる。それゆえ、事業者が価格カルテル等の競争制限等つまり独禁法違反行為を行わない状況を作出する必要がある。そこで、事業者が独禁法違反行為を行わない状況を作出するためには、独禁法違反行為の「効果」(課徴金納付)が企業存続のための必要な固定的経費となり、これが「割の合わない」(利益の上がらない)ものとなっている必要がある。事業者は、等価的交換の経済原理を前提とした経済活動を行うことによって経済的利益をあげる存在だからである。逆に言えば、事業者は、利益の上がらない行為を行わないので、あることが想定されるので、ここに、独禁法違反行為を抑止する効果が認められるのである。そして、実務における量刑判断においても、一般予防を考慮しているとされる⁸¹⁾。それゆえ、ここに、課徴金と刑罰の共通性が認められる⁸²⁾。

しかし、刑罰に関しては、「不明確になりがちな犯罪予防の判断」という評価が可能である⁸³⁾。さらに、刑罰は「違反行為を犯罪と烙印づけて強い社会倫理的非難を加える」場合に用いられるが、刑法に違反する行為を行った者に対する非難を正当化するには、犯罪成立のために必要となる責任(非難可能性)が要求されるのである。言い換えると、刑法は、行為者に対して規範に合致した意思決定の義務を課すが、この義務は「本来」「確認的なもの」であるはずである。なぜならば、(刑法の予定する)行為者は、「本来」「一人前の」「自主的な人間」であり、「自律的で理性的な存在」で、「理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」として、「お互いが自由答責的な存在であるという前提のもとに、法共同体を構成

し、相手方が刑罰法規にふれる違法な行為に及ばないことを信頼し合いながら生活している」ことになるので、この行動規範以内で生活する人間（＝刑法が予定する人間）は、（違法行為ではなく）適法行為を決意するはずだからである⁸⁴⁾ところが、行為者は、実際には、違法行為を実行する意思決定を選択している。「違法行為を行う」選択をした行為者は、「規範に合致した意思決定」をなす義務を有し適法な行為を決意せねばならないにも拘らず、この「義務」に違反して、適法な行為を実行する決意に出ず違法な行為を実行する決意をしているが、この「（違法な行為を実行する）決意」に対して、「社会的非難又は呵責性」が生じることになるのである。この「社会的非難又は呵責性」が生じたとき、上記の義務違反者に対して、「犯罪」という「烙印づけ」（スティグマの刻印づけ）が行われ、「強い社会倫理的な非難」が示されることになるのである。

そこで、上記を踏まえ、行動統制的効果に関して「課徴金を課す過程」と「罰金を科す過程」を比較すると次のようになる。

課徴金を課す過程では、独禁法の対象となる事業者が「利益をあげるために何をすればよいか」という思考つまり経済的合理性の観点から「論理必然的」に事業者の行為を抑止するという関係になる。

これに対して、「罰金を科す過程」では、刑法規範が前提とする人間ならば、「規範に合致した意思決定」をすることが「論理必然的」であるにも拘らず、行為者がこれに反した意思決定を行った点に、刑罰が科される根拠が存在する。通常予想される行動とは「異なる」行動をとる意思決定（その意味で、刑法が予定する合理的な意思決定とは「異なる」意思決定）をしたことに対する非難（「社会的な非難又は呵責性」）が、刑罰を科する根拠となる。それゆえ、刑罰の場合、行為者が合理的な意思決定を行うことに「基づいて」違反行為を抑止するという関係にはない。

したがって、「課徴金を課す過程」においては「独禁法違反行為を抑止する」という（行動統制的）効果が生じる関係の「論理必然性」は、「明瞭である」と

いえる。しかし、「罰金を科す過程」において「違法行為を抑止する」という（犯罪予防的）効果が生じる関係の「論理必然性」は、課徴金と抑止効果の関係と同程度には「明瞭ではない」と考えられる。

3 独禁法の調整規定を正当化する説明

上記の説明を前提とすると、「課徴金と罰金には、『法律違反行為の防止』という意味での『一般予防』効果が観念でき、その部分で重なっていると評価できる」と考えることはできないことになるのであろうか。

この点に関して、「独禁法における罰金」という限定を付せば、「課徴金と罰金には、『法律違反行為の防止』という意味での『一般予防』効果が観念でき、その部分で重なっていると評価できる」と考える。このような限定を付した場合、「独禁法の目的を実現する」ために「有効である」と評価できる限度で、罰金の効果を考慮し、課徴金の効果と重なることを観念できるのである⁸⁵⁾。それゆえ、独禁法の直接の目的は、「公正且つ自由な競争を促進」することにあるが、この目的を達成するために、課徴金納付命令制度はもとより、罰金制度も独禁法に規定されていると解することができるのである。そうすると「公正且つ自由な競争を促進」のために、独禁法違反行為に対して制裁が加えられるが、課徴金の場合、経済的不利益を賦課することによって事業者が有する経済合理性の観点から独禁法違反行為を回避する方向に誘導することになる。

ただし、罰金も経済的不利益を賦課することになる制度ではあるが、罰金の場合、「客観的には」、「経済的不利益の賦課」であるとしても、そこには、「独禁法違反行為を犯罪として烙印づける」という意味を賦与する機能があり、これにより、事業者に強い社会倫理的非難が示されることになる(はず)である⁸⁶⁾。それゆえ、罰金が科される独禁法違反行為を行った場合—たとえ事実としては同種の独禁法違反行為であったとしても—課徴金が課される独禁法違反行為を行った場合よりも、より大きな不利益となる。つまり、社会的には、事業者に対して経済的不利益（「以上の」又は「とは別の」）不利益が加えられることに

なる（はず）である⁸⁷⁾

以上のように解した場合、課徴金を課する場合と罰金を科する場合には、事業者の独禁法違反行為を抑止する一般予防効果を肯定することができ、その限度で重なりあいをもつことになる。それゆえ、両制度が「事業者の独禁法違反行為を抑止する一般予防効果」において重なっている部分を二重に評価してはならないので、課徴金と罰金の調整規定が必要になるのであるという六の冒頭で示した関係となる⁸⁸⁾

注

77) 白石・前掲注(6) 第7版 112頁。

78) 拙稿・前掲注(2) 134頁注(60)。

79) スウェーデンでは、量刑段階において、一般予防効果を考慮せず「均衡原理」に基づく量刑判断がなされることになった(1988年スウェーデン刑法改正)(松澤伸「スウェーデンにおける刑罰の正当化根拠と量刑論」『罪と罰』51巻3号(平26年・2014年)76頁注(1))。そして、一般予防の考慮時期は、「立法段階」とされている(松澤・注(79)81頁の図参照)。さらに、スウェーデンの刑罰理論については、松澤伸「スウェーデンの刑罰理論について」高塩博編『刑罰をめぐる法文化』(平30年・2018年)237頁以下参照。

80) 佐伯・前掲注(7) 129頁。

81) 司法研修所編・前掲注(53) 6-7頁。

82) 杉山検事は、「刑事罰と課徴金納付命令とは違反行為の防止という観点からは共通する部分がある」ので、「告発を行い、その後起訴された事業者」に対して「罰金刑が確定した後に課徴金納付命令を行う」場合「課徴金の額から罰金額の2分の1に相当する金額を控除する(独禁法7条の2第19項)」と指摘される(芝原邦爾=古田佑紀=佐伯仁志編著[杉山一彦]『経済刑法』(平29年・2017年)532頁)。

83) 井田・前掲注(49) 206頁。

84) 「刑法の規制が『国民の安全』を保障する」射程は、「その前提となる国民が刑法規範を(最低限度の)行動規範としてその規範内で生活する」という点に限られる(安田・前掲注(35)46頁参照)。この点に関して、高橋教授は「リベラルなコミュニティの存立条件」として「ルールの実効性」と「ルールは守られるという構成員の信頼」をあげるが、これは「理念型」であり、「現実にそのようなコミュニティが存在することを示したものではない」とする点は非常に重要である(高橋・前掲注(37)282-3頁)。

刑法が示す行動規範に違反する者は、刑法が課す義務に違反するため、非難の対象となる。しかし、「現実」に「刑法規範に反する者に対してどの程度の行動規制効果がある(あつ

- た)か」については、前提となる国民が異なるので、「刑法の規制が『国民の安全』を保障する」の射程外になる。それゆえ、「現実」に「刑法規範に反する者に対してどの程度の行動規制効果がある(あった)か」を測る仕組みは、別途構築する必要がある。
- 85) 独禁法違反行為者は、事業者等に限定されている点からも、独禁法における罰金について、一般予防効果を前提にできるものと考えられる。事業者等は、現実的にも経済的合理性を有する者であると考えられるからである。より一般化して言えば、刑罰に予防目的を観念し得る場面は、①刑罰法規が付随する法律に行政目的が明確に示されていること、②処罰の対象となる行為者が限定されていることである。
- 86) 逆にいえば、罰金には、このような社会的機能が存在していなければならないであろう。そして、この機能の起源は、近代社会(貨幣と利潤をシステムを中心におく社会)よりも以前の社会関係に遡るものと思われる(ゴドリエ [山内訳]・前掲注(33) 149-54 頁, 241 頁以下, 286-94 頁参照)。
- 87) 弁護士実務上の取扱いとしては、公取委が、行政調査に入ろうとしているのか(この場合「融和的」になる)、それとも、犯則調査に入ろうとしているのか(この場合「対抗的」となる)によって、弁護活動の内容に差異が生じるという指摘がある。また、小田教授は、「『制度』は物質的ではないが、人々が疑うこともなく共に利用できる程度にまで定着すれば、経験的な実在となる」とするが(小田・前掲注(37) 27 頁)、「刑罰を科す」ことに対する弁護士実務において、上記の取扱いが「経験的な実在」として「人々が疑うこともなく共に利用できる程度にまで定着」しているとすれば、その背後には、「日本において、刑事手続に至る又はそれを踏まえた判断に対する社会的評価が厳しい」という状況にあることが推測できる。「人々が疑うこともなく共に利用できる程度にまで定着」しているならば、その社会に住む人々の行動規範を示していると評価できるからである。
- 88) ただし、重なり合いの程度から見て、現行法の調整規定が妥当であるかについては、別途検討する必要がある。

七 最 後 に

本稿では、課徴金と罰金の関係について、独禁法の議論を中心にラフなスケッチを行った。そして、独禁法における刑罰は、独禁法上の規制対象となる行為の一部を犯罪化することを意味するが、これは「公正且つ自由な競争の促進」(独禁法の目的)を達成するために「有効である」(行動統制的効果がある)と評価されるから、「独禁法に付属している」という評価も可能であろう。しかし、少なくとも、「刑罰規定を備える法律が予定する犯罪行為を行った者に

対する行動統制的効果（犯罪抑止効果）」は、「どの範囲で存在するのか」、言い換えれば、「刑罰規定を備える法律の目的を達成するために、刑罰の機能としての『社会的な非難又は呵責性の付与』・『スティグマの刻印づけ機能』は『行動統制的効果（犯罪抑止効果）』と常に協働的に作用するのか」について、その限界を検討する必要がある⁸⁹⁾。

注

89) 刑罰の機能を考える前提として「現時点において、公平の観点から個人の自由と個人の安全を調和させるために、どのような規範的原理を設定すればよいか」、言い換えれば、「現代においてよりよい協働あるいは共生の社会を作り出すためには、いかなる規範的原理を奉戴することが望ましいか」（盛山和夫「公共社会学は何をめざすか」『社会学評論』68巻1号（平成29年・2017年）13頁）という問題設定をした場合、「規範的原理」である以上、実際の行動原理とは異なる可能性が高い。（「実証的」という意味での）「現実の人間」の行動原理を解明すること（これを解明するための方法論を法解釈学は有しないであろう）を前提として、（法解釈学が設定した）「規範的原理」との差異を比較した上で、このフィクション性をどのレベルで抑えるかについては、別途検討する必要がある（小田・前掲注(37) 34-5頁参照）。

（本稿は、2017（平成29）年度「松山大学特別研究助成」の成果の一部である）