

Title	保護法益としての「競争秩序」(再論) : 防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に
Sub Title	“Competition” as Object of Criminal Protection Retold : with Regard to Comments on ASDF Fuel Cartel Case
Author	伊東, 研祐(Itoh, Kensuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.14 (2009. 9) ,p.65- 77
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090925-0065

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

保護法益としての「競争秩序」（再論）

——防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に——

伊 東 研 祐

- 1 問題の所在
- 2 防衛庁燃料談合事件にいう「入札における自由競争」と不当な取引制限の罪の法益
- 3 防衛庁燃料談合事件における不当な取引制限の罪の成否
- 4 法益が存しない場合の刑罰の利用の正統化
- 5 おわりに

1 問題の所在

2004年秋、北海道大学で開催された小シンポジウム「競争秩序への多元的アプローチ——実定法学のクロスロード——」において、筆者は、「保護法益としての「競争秩序」」について刑事実体法学の観点から報告する機会を与えられた¹⁾。法科大学院において担当することになっていた「経済刑法」の構成をちょうど検討していたこともあり、筆者は、一方では、当時の刑事実体法学で

1) シンポジウム「競争秩序への多元的アプローチ——実定法学のクロスロード——」は、「溶解する法システムの21世紀的統合に向けた法戦略——行政・市場・生活の比較研究」プロジェクト（平成16年度科学研究費補助金 基盤研究（A）研究代表者 吉田克己）主催、北海道大学高等法政教育研究センター・北海道大学法学部法理論研究会共催により、2004（平成16）年10月2日（土）に北海道大学人文社会科学総合教育研究棟（W棟）301号室において開催された。シンポジウムの趣旨説明・各報告・質疑は、北大法学論集56巻1号（2005年）197頁以下、3号（2005年）285頁以下に連載されている。筆者の報告内容、その後の質疑等については、伊東研祐「保護法益としての「競争秩序」」北大法学論集56巻3号（2005年）287～297頁、325頁、332～333頁を参照されたい。

はなお主として知的財産権の保護法とイメージされていたと思われる不正競争防止法をも取り込んで議論を行うと同時に²⁾、他方では、「競争秩序」と表現され、あたかも自明とされているかのような法益の内実を基本から改めて問い直す作業を行った。その結論として提示した「公正な競争秩序」という法益の内実は、「我が国の（自由主義）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」「競争の行われている状態」、換言すれば、「我が国の（自由主義）市場経済下での当該時点における」「競争状態それ自体」というものであった³⁾。

この定義自体は、謂わば価値無関係的であって、即ち、犯罪行為時における競争の現状を好ましいものとも好ましからざるものとも評価しないまま謂わば肯定するものであって、何故にそこに在るそのようなものが保護されなければならないのかという疑問を直ちに喚起するものであろう⁴⁾。そこで筆者は、「競争」ということを更にパラフレイズして、上述の内実を「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」と言い換え、「公正な競争秩序」という法益が「市場経済」というより大きなものの一側面を捉えたものであることを述べたのであった⁵⁾。

他方、「競争の行われている状態」ないし「競争状態それ自体」の存在を構成要素として含む上述の定義に拠れば、競争が存在しない状態は（それが原初的なものであるにせよ、後発的なものであるにせよ、当然ながら、「公正な競争秩序」

2) 周知の通り、不正競争防止法は、筆者が報告を行った2004年秋以降に大規模な改正等を受け（平成16年法51号、同年法120号、平成17年法75号、同年法87号、平成18年法55号参照）、その罰則の内容・構成・法定刑にも大きな改変・加重が行われた。その結果、現在では、不正競争防止法罰則の競争保護法としての性格（付け）は一層明確なものとなっているといえる。反面、解釈論上の視座の修正・調整も必要となっているように思われる。

3) 伊東研祐・前出註（1）北大法学論集56巻3号（2005年）294頁参照。

4) これは、生態系そのものを法益として捉える環境刑法学における生態学的法益概念に対し、人間中心主義的法益概念を採る諸見解から投げられる批判とパラレルに考えることのできる問題であるようにも思われる。この点については、伊東研祐『環境刑法研究序説』（2003年）51頁以下、特に57頁以下を参照されたい。

5) 伊東研祐・前出註（1）北大法学論集56巻3号（2005年）294-5頁参照。

にはなく)法益には該らない／含まれないということの意味する。法益の保護(のみ)が国家による刑罰的介入を正統化するという見解を採るとき、そこからは、競争のない状態において競争を創出あるいは回復する為には刑罰は使うことができないのか、という問題が直ちに提起され得るであろう。もっとも、法益の保護ということのみが刑罰の発動を正統化するものではない、という筆者の見解⁶⁾を知る古い世代からすれば、この問題への解答自体は明らかであろうし、筆者も詳細に踏み込むことは敢えてしなかったのであった⁷⁾。

しかしながら、この間、謂わば並行的に審理の進んできていた防衛庁燃料談合事件(第1審:東京高判平成16年3月24日刑集59巻9号1474頁／審決集50号915頁、上告審:最判平成17年11月21日刑集59巻9号1597頁)に対するコメント等を見ると、少なからぬ論者により最終的には(事実としては存在しない)「在るべき自由競争秩序」ともいうべきものが法益として捉えられているのではないか、という疑念を筆者は禁じ得なくなっている。それが、理論学的に見れば、法益の価値化ないし規範化あるいは規範の妥当状態との等置・混同の一形態であって、法益概念の体系批判的機能(立法制限的機能)の喪失の原因の一つであることは否定できないところであろう。筆者は、上述の通り、競争のない状態において競争を創出あるいは回復する為に刑罰を使うことの正統性を(完全に)否定すべきであると考えたものではないが、それは法益保護思想を変質させて導出すべきではなく、別個の理論枠組みで行うべきであると考えている。その別個の判断枠組みを如何に考えるべきかということが、筆者にとっての本来的な関心ではあるが、その前提として、以下では、先に提示した「競争秩序」という法益の内実を維持すべきこと、法益保護思想を変質させるべきでないことを

6) 例えば、伊東研祐『法益概念史研究』(1984年)409頁以下参照。

7) ちなみに、この問題は、報告後の質疑応答において、若干問題意識が咬み合わなかつたものの、シンポジウムに参加していた北海道大学の法科大学院生から、新聞販路協定事件(東京高判昭和28年3月9日高民集6巻9号435頁:新聞販売店間での販売域分割合意による長期に渡る競争の不存在の事件)を例に挙げつつ、提起された。伊東研祐・前出註(1)北大法学論集56巻3号(2005年)331頁以下参照。

先ず確認しておくこととしたい。

2 防衛庁燃料談合事件にいう「入札における自由競争」と不当な取引制限の罪の法益

いわゆる防衛庁燃料談合事件（防衛庁石油製品談合事件とも呼ばれる。以下、本件と略記する）において、不当な取引制限の罪（平成14年法47号による改正前の独禁法89条1項1号、3条、2条6号、95条1項）で訴追された被告会社等が同罪の成立を争って主張した主要な点は、最高裁第2小法廷平成17年11月21日決定（以下、本決定と略記する）の要約に拠れば、「調達実施本部が指名競争入札を形がい化させて落札価格を決定し、指名業者である被告人会社等は防衛庁に対する石油製品の迅速確実な納入を図るために受注調整会議を開いて納入責任会社を決めていたにすぎないから、指名業者間の価格競争の余地はなく、被告人会社等が実質的に競争を制限したのではない⁸⁾」ということであった。

この主張に対して、最高裁第2小法廷は以下の判断を示し、これを退けた。「確かに、原判決の認定によれば、当初入札では全件が不調となり、商議を経た後に実施された再入札において、商議の際に調達実施本部から提示されたいわゆる最低商議価格で落札されることが長年続くなど、指名競争入札の運用が形がい化していたと認められる実情にあり、調達実施本部担当官の中には、指名業者の間で何らかの受注調整が行われ、そのために上記のような経過をたどって落札されているのではないかと察知していた者がいたと認められる状況であったのに、同本部は、指名競争入札の運用を改めず、また、担当官においては、指名業者に対し、会計法29条の5第2項に違反する疑いがあるのに入札書の差し替えを許したり、複数落札入札の際のくじ引で便宜を与えたりするなど、再入札において最低商議価格により落札されることを前提としたような事務手続を行い、事実上指名業者による受注調整を黙認し、それを助長していたことが

8) 最決平成17年11月21日刑集59巻9号1597頁 [1598頁]。

疑われる。しかしながら、調達実施本部から提示された最低商議価格を基に落札され、指名競争入札制度が形が化していたとしても、それらは、調達実施本部において、指示、要請し、あるいは主導したのではなく、現に、被告人会社等は、入札における自由競争が妨げられていたというわけではない。しかるに、被告人会社等は、本件指名競争入札において、前年度実績並みの有利な受注を確保するために、当初入札における全件不調、商議を経て、受注できる価格についての情報を得て再入札手続に入るよう受注調整を実施したものであり、このような受注調整が本件指名競争入札における競争を実質的に制限したものであることは明らかである⁹⁾と。

本決定を文字通りに読むならば、本件の事案においては、形骸化したものであったにせよ「入札における自由競争」は存在していたのであり、それが認定されたような受注調整の結果として実質的に阻害された以上、不当な取引制限の罪は当然に成立する、ということを示したものであることになろう。不当な取引制限の罪の保護せんとしているものは、「入札における自由競争」ないし「競争入札における競争」であることになる。そして、その自由競争とは、(受注調整に基づく合意等を無視して)「入札する自由／入札すべき自由」に基づいて遂行される(はずの)入札行動であり、従って、如何に形骸化したとしても、いわゆる自由の契機が残っている以上は、常に存在するものであることになる。本決定が、上に引用したように、「それらは、調達実施本部において、指示、要請し、あるいは主導したのではなく」と述べている点を捉え、仮定的に、調達実施本部において「指示、要請、あるいは主導したものであったら」どうであったかと問い、そうであったとしても、なお自由競争は存在している、と考える諸見解¹⁰⁾も、これと同趣旨であろう。また、結論的には同様となると思われるが、入札に付する旨の決定に因り入札参加者において「自由競争をなすべき義務」が生じると捉え、この義務に反する行為を行うことによって、発注者側の指示・要請等があったとしても、なされるべき自由競争は阻害され、

9) 最決平成17年11月21日刑集59巻9号1597頁 [1599頁]。

あるいは、自由競争による価格形成という制度的利益は侵害されると考え、本決定をこの観点から理解する諸見解¹¹⁾も存する。

しかしながら、先ず第1に、不当な取引制限の罪の保護せんとしているもの——実定法における「法益」の把握方法にも色々あるので、ここでは「法益」という表現は敢えて避けておく——は、「入札における自由競争」ないし「競争入札における競争」なのであろうか。それらの表現によって論者が法益（保護客体）を考えているにせよ、行為客体（物的なもの）を考えているにせよ、同罪の構成要件においては「入札」という特定の制度的状況は前提となっていないと解される以上、答は、謂わば形式論理的に既に、否であるといわざるを得ない。むしろ、不当な取引制限の罪の保護せんとするものは、「入札における」というような限定を外した「（一定の取引分野における）競争」であることに基本的な異論はないであろうし、筆者も異論を唱えようという訳ではない。ただ、そのような守られるべき「競争」が無いという主張に対して、「入札における自由競争」ないし「競争入札における競争」は有り、それが守られるべきものであると応えることには異論を呈さざるを得ないのである。

このような問題提起に対しては、勿論、言葉尻を捉えた批判であって「入札

10) 既に、本件第1審判決・東京高判平成16年3月24日刑集59巻9号1474頁／審決集50号915頁に関連して、舟田正之「入札談合における基本合意・個別調整と「相互拘束」・「共働遂行」の関係——防衛庁石油製品談合刑事事件」ジュリスト1288号（2005年）142頁以下〔143頁〕は、「仮に、誰が受注予定者になるか、その応札価格はいくらかまで、すべて受注者が決めたとしても、それに応じるか否かは受注者側の自由な意思によるのであるから、受注者側に競争の余地がないという抗弁はもともと成立しない」と述べていたが、これを援用しつつ、島田聡一郎「談合における実行行為——防衛庁石油製品談合刑事事件」ジュリスト1291号〔平成16年度重要判例解説〕248頁以下〔249頁〕も、「理論的には、仮に談合が発注者の指示に基づいて行われた場合でも、原則として、不当な取引制限罪の成立を否定すべきではない。入札参加者に、発注者の指示に従う義務はない以上、そうした指示があっても、競争の余地はなお否定されないからである」と述べている。なお、本決定に関しては、吉田正喜「指名競争入札の運用が発注者の提示した最低価格で落札されることが長年続くなど形が化していた場合の指名競争業者による受注調整行為と不当な取引制限の罪の成否及び受注調整行為の実行行為性」研修694号（2006年）17頁〔23頁〕等がある。

における」というような限定を外せば済む問題に過ぎない、とのお叱りを受ける可能性が高いが、紹介した諸見解の論理において「入札における」という前提状況を取り外し難いことは既に述べたところから明らかであろう。入札に際して(他事業者はもとより)発注者の指示・要請等を排して自律的に価格を決する、という意味での自由の契機に着眼し、あるいは、より直接に、入札に付されることになったが故に生じる／入札に参加する者であるが故に料される「自由競争をなすべき義務」の違反ということに着眼する上述の諸見解は、「入札」という本件事案の事実的状况に謂わば「競争」の存在を構成する積極的な意味を与えるものだからである。しかも、「入札における」という限定は、上述の通り、理論的に根拠付け難いものであるのみならず、その限定を仮定的に外してみるならば、観念され得るものは、競争をする一般的な自由ないし競争をすべき一般的義務であり、そこからは、現存する「競争」ではなく、現存していない「なされるべき競争」が不当な取引制限の罪により保護されるものとして捉えられていることを一層明確にするものでもある¹²⁾。

第2に、そのような現存しないものを法益ないし保護客体(立場に拠っては、

11) 西田典之「防衛庁燃料談合事件」ジュリスト1313号[平成17年度重要判例解説](2006年)179頁[180頁]は、前出註(10)所掲の見解を結論的に支持した上で、「入札に付すべき決定がある以上、そこでは規範的な意味において自由競争が要請され、にもかかわらず談合が行われれば、それが発注者側の指示・要請に基づくものであっても、自由競争による価格形成という制度的利益を侵害する点では同じだからである。本決定の説示もこのような意味に理解すべきであろう」と述べていた。その他、吉田正喜「発注者の提示した最低価格での落札が長年続くなどして指名競争入札の運用が形がい化していた場合における指名競争業者による受注調整行為の犯罪の成否及び公正取引の確保に関する法律の定める不当な取引制限の罪における受注調整行為の実行行為性」警察学論集59巻8号(2006年)158頁[163頁以下]、山田耕司「防衛庁調達実施本部の実施する指名競争入札の運用が同本部の提示した最低価格で落札されることが長年続くなど形がい化していたとしても指名業者による受注調整行為について私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(平成14年法律第47号による改正前のもの)89条1項1号の罪が成立するとされた事例」ジュリスト1327号(2007年)133頁[135頁]、同「(前掲解説標題に同じ。省略)」法曹時報59巻6号(2007年)286頁[310頁以下]；『最高裁判所判例解説刑事篇平成17年度』(2008年)575頁[601頁]等、より直截な理論構成のものがある。

行為客体）と捉えることは、理論学的に妥当であろうか。これは、法益概念の犯罪論内での機能等として要求されるところとも照らし合わせて決すべき問題であり、ここで改めて詳細を論じることはできないが、現存性ということを経験性ないし現実性（die Realität）の意味において理解し、その因果的変更可能性を考える限度では、答は否であろう¹³⁾。観念的な価値・権利そのものは侵害され得ないし、行為による危殆化ないし侵害の危険性の判断対象にもならないからである。そして、生命を失った死体が事後の殺人罪の保護客体となり得ないように、現存しない法益・行為客体は侵害的行為から守りようがないのである。繰り返しになるが、本件において、被告人会社等には競争する自由があったから競争が存在したというのは、競争する意思のない者に対して、競争しないことが強制されている訳ではない／競争しようと思えば不可能ではないから競争すべきである、というのと同じである。競争がないからこそ、そのような要求ができるのである。しかも、何故にそのような要求が正統性を有するのかということについては、実質的な根拠付けを欠く。入札に付されることによって競争する義務を負うという見解は、それを補填しようとするものであるが、なお形式論の域に留まる。その意味でも、これらの見解のいう「なされるべき競争」は、処罰の根拠付け・正統化という機能を果たす（べき）法益たり得ない。

第3に、それでは何を不当な取引制限の罪の法益として捉えるべきであろうか。改めて述べるまでもなく、同罪の構成要件に該当する行為の行われる際に現存している「競争の行われている状態」ないし「競争状態それ自体」である。

12) 議論展開の趣旨は異なるが、「なされるべき自由競争」を実質的に制限したことをもって官製談合の不当な取引制限行為性を根拠付けるものとして、大塚誠「官製談合事件における競争の有無——防衛庁石油製品談合事件最高裁決定」ジュリスト1366号（2008年）162頁〔164頁〕がある。更に、川島富士雄「入札談合の成立と発注者側の補助——下水道事業団談合事件」ジュリスト1113号〔平成8年度重要判例解説〕（1996年）231頁〔232頁〕、酒井安行「いわゆる官製談合のケースにおける競争の実質的制限——防衛庁石油製品入札談合事件最高裁決定——」刑事法ジャーナル4号（2006年）116頁〔118頁〕等を参照。

13) 伊東研祐・前出註（1）北大法学論集56巻3号（2005年）291頁以下の他、伊東研祐・前出註（6）所掲箇所等を参照されたい。

より分かりやすくいえば、構成要件該当性の認められる行為が行われた際に現存していた「競争の行われている状態」ないし「競争状態それ自体」である。死体には事後の殺人罪に関しての法益は認められないが、死体に成る前に行われた殺人行為に関しては、それは生命を有する人に対するものであって、当然ながら、法益は認められるのである。現存しない「なされるべき競争」は法益たり得ないが、行為時に現存していた「競争の行われている状態」ないし「競争状態それ自体」は法益として捉え得るのである。

3 防衛庁燃料談合事件における不当な取引制限の罪の成否

上述のような（結論においては当然な）法益の捉え方が本件において行われていないことの理由は定かではないが、問題とされた事態が極めて長期にわたって継続的に成立・展開・維持されてきた為に、いずれの時点での行為を構成要件の評価の対象とすべきか／対象とし得るか、あるいは、現存していた「競争の行われている状態」ないし「競争状態それ自体」を害したものと捉えるべきか／捉え得るかということが、現実の立証や時効の問題もあって、決しがたいことが一因であるように思われる。本件では、平成10年期の受注調整活動を相互の事業の拘束行為と遂行¹⁴⁾、即ち、いわゆる実行行為と捉えているが、それが故に、既に長年にわたって存在していない「なされるべき競争」の阻害を処罰根拠に持ち出さざるを得なかったのであろう。しかし、事業の相互の拘束と遂行ということは、いわゆる基本ルール等の形成から始まって成立～確認ないし確保～修正～完了に長い期間を要する場合もあり、実行行為自体が（その

14) なお、以下の本文においても、「相互拘束行為と遂行」と並べて記述することがあるが、本件第1審の記載方法に従ったものであり、実行行為性に関して特定の見解を採ることを意味する訳ではない。そもそも、ここで実行行為という観念で捉えようとしているのが事業者としての行動か、自然人的行為者の行動を考えるのか、後者であるとすれば、因果的な意味で考えるのか、社会的な意味で考えるのか等々、理論的に詰めるべきことは多々あり、それらの立場如何では、通説・公取実務とは異なるのであろうが、素直な文理解釈からして、「遂行」を相互拘束行為と同格的で質の異なる行為群を指すと解することも可能であろう。

途絶を目指す事業者間での共働的活動なのであるから）競争の実質的に存在しなくなるまでは終了せず、また、競争が存在しなくなっても犯罪は継続し続けるものと解すべきであると思われる。いわゆる継続犯説と結論的には一致するように思われるが、不当な取引制限の罪の（主観・客観を合わせた）不法実体が、競争をなくすこと自体に留まらず、競争をなくした状態の維持による事後の新たな不正な利得（新たな公共の利益の阻害）ということをも含むと解するからである。そうであるとすれば、本件において、本講のこのような法益の捉え方をしたとしても、被告人会社等に不当な取引制限の罪が成立することに疑いはないであろう。

もっとも、不当な取引制限の罪の法益や法的性質を以上のように捉えるとき、存在していない「なされるべき競争」の阻害を処罰根拠とすれば（殆ど）総ての事案が可罰的とされ得るのは異なって、可罰性を根拠付け得ない場合が生じることも、理論的には否定できない。一定の取引分野において、構成要件の定立時に既に競争が存在していなかった場合、競争が存在しない状態が後行の行為者（参入者）とは無関係の／意思疎通の存在しない事業主達により生じさせられた場合、競争が存在しなくなった後に当該競争を途絶させた事業主達による（当該分野における）事業活動が行われなくなった場合等々が、そのような場合の例であろう。これらの場合には、不当な取引制限の罪は、処罰根拠の不存在の故に、原初的に成立し得ないのである。

4 法益が存しない場合の刑罰の発動の正統化

存在していない「なされるべき競争」の阻害を処罰根拠とすることは、「法益」の保護のみが刑罰の発動を正統化し且つ正当化するという見解を採る立場、いわゆる法益保護思想の実質的な放棄・崩壊である。それは、「法益」という近代刑法概念の現代社会というコンテクストにおける機能的限界に起因するものではあろうが、規範の妥当状態をも概念内実に包摂することによって概念自体を形式的に維持しようとすることは、二重の意味で誤っているように思われる。

即ち、法益保護思想の妥当し得る(と考えられる)領域をも含めた全面的な放棄を最初から選ぶことになるだけでなく、(存在していない、為されるべき)競争の阻害の禁止と競争(可能な状態)の創出/回復の命令とを謂わば等置することになる点において、誤っているように思われる。勿論、法益概念の代替物が見出されていない現状において、近代的法益保護思想を実質的に廃棄しつつ試行錯誤することは、理論学的には意義あることであろうが、現実の法解釈・適用の観点からすれば、明確性・予測可能性を欠いて戦略的に疑問といわざるを得ない。法益保護思想の適用をその巧く機能し得る領域に限定しつつ、巧く機能し得ない領域では、刑罰の発動が現行法規体系下で正統化/正当化し得るか、また、実効的で合理的か、ということ正面から個別的に検討する行き方が探られるべきであろう。そして、そのとき、競争(可能な状態)の創出/回復の命令を刑罰的に担保することが許されるか、如何なる形態で担保することが許されるのか、という問題の所在が、初めて明確に認識されるようになると思われる。

大上段の議論を改めて展開するまでもなく、現行の独占禁止法は、この問題の解答の為に既に一定の手掛りを提供している。同法7条の排除措置命令とその違反の罪(独禁法90条3号)が、それである。(競争[の可能な状態]を途絶させた)不当な取引制限の撤廃(による競争[の可能な状態]の回復)の命令とその違反の処罰、という間接的な形で競争の創出/回復の手法が採用されているのである。もっとも、同条は、同法3条又は6条の「規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる」と定めるので、前項末に例示したような3条違反の行為が無く/犯すことができず、従って、その排除ということもあり得ない場合には、適用できない、という問題性が存する。筆者は、排除措置命令発布に関して明示的に予定される独禁法8章2節の手続が開始の端緒として「この法律の規定に違反する事実」(独禁法45条1項・4項等)に着眼していることに鑑みれば、解釈としても、競争の途絶した状態を事実上承継ないし利用しようとするだけの事業者等に対し、継承ないし利用禁止等の内容の命令を発し得ると考えるが、その当否・より妥当な理論構成の詳細は専

門家に委ねる他ない¹⁵⁾。そのような命令の発布を立法論として展開するのであれば、特に難しい問題もないように思われる。

5 おわりに

独占禁止法罰則を主要な支柱・構成部分の一とする経済刑法は、その最終的に達成しようとする目的・目標の優れて経済政策的・公共政策的な性格もあって、法益の抽象化（超個人化・価値ないし規範化等々）とその保護の前置化（危険犯ないし危殆化犯化等）の波に早くから洗われて来たに止まらず、謂わば法益の創出（現在しない一層良い状態／政策目標の将来的達成）の手段として捉えられることになってしまうことも少なくない。それにも拘わらず、周知の通り、経済刑法領域の研究が本格化したこと自体、さほど古いことではなく、先ずは実務的な解釈適用論の学習・それをベースとした共働が目指されたように思われる。しかし、独禁法・不正競争防止法・金融商品取引法（旧証券取引法）・会社法（旧商法）等の罰則を含む、近時の経済刑法領域における相次ぐ大改正の動きの中で、そして、その後において、より積極的にクリティカルな相互作用の必要と機会とが生まれてきているように思われる。些か捻れた形ではあるが、「法益」概念の弛緩ないし誤用及び法益保護思想の放棄ないし崩壊という刑法理論学上の問題意識から書かれた本講が、その1つの試みたり得たならば幸いである。

15) 1点だけ付言しておきたいのは、このような構成を改めて法益保護思想を形式的に当て嵌めて捉えるべきではない、そのような形式に言い換えるべきではない、ということである。即ち、本講が問題としているような場合において、排除措置命令が遵守されることによる国もしくは国民の利益の保護を刑罰によって保護する、と言い換えることは、あくまで形式的には可能であるが、それは命令の内容的正統性とは無関係な利益の保護であって実体を示しているものではないし、本来の法益概念の予定する諸属性を有するものでもないからである。

※ 本稿は、2007-8(平成19-20)年度科学研究費補助金・基盤研究(C)「理論学的視座から見た経済刑法の解釈適用論」による研究の成果の一部である。