

デジタルプラットフォーム事業者による 競争侵害行為と刑事規制

—— 独占禁止法の罰則の検討を中心に ——

神 例 康 博

1. はじめに —— DPF 規制と GAFA 規制 ——

デジタルプラットフォーム（以下、DPF という。）ビジネスを巡る近時の課題は、ある事業者が「市場の提供者」であると同時に「市場の利用者」であるという「2つの役割」(dual role)を有することを踏まえ、「市場の二面性」からもたらされる競争政策上の諸問題にいかに対応するかにあるといえる⁽¹⁾。すなわち、DPF 規制の問題について、もっぱら「市場の提供者」であることから生じる問題については、不正な個人情報取得に関する問題や、マッチング型におけるトラブルに対する「プラットフォームの抗弁」の有効性など、法的論点は基本的にこれまでの論点の延長と位置づけられるものが多いと思

* 本稿は、令和4（2022）年5月22日に関西学院大学にて開催された日本刑法学会第100回大会ワークショップ「経済刑法」において「DPF を巡る諸問題の経済犯罪規制における位置づけと刑事規制における課題」と題して行った報告原稿をもとに、若干の加筆修正を行うとともに、脚注を付したものである。当日の報告の性質上、個別の論点について詳細な分析を加えたものではないが、報告の記録という意味も含め、掲載させていただくこととした。なお、当日の報告は、ワークショップにおける共同研究者の一人である中里浩教授（東京経済大学）が事前に用意された原稿を踏まえて、それにコメントするかたちで行ったが、中里教授がNBL1228号（2022年10月15日号）41頁以下に「デジタルプラットフォームの競争法上の課題、刑事法との接点」と題する論説を掲載されたことを承けて、それに対応させるよう記述をあらためている。

(1) 「市場の二面性」からもたらされる様々な課題について、中里浩「デジタルプラットフォームの競争法上の課題、刑事法との接点」NBL1228号(2022年)41頁。なお、「2つの役割」、「市場の二面性」というキーワードは、中里教授のご教示によるものである。

われる。これらについては、プラットフォームにおける諸問題をデジタル市場の実態に合わせて考察するなどの対応が求められることになろう。これに対し、いわゆる GAFA⁽²⁾ に代表される巨大 DPF の規制は、事業者が市場において「2つの役割」を発揮する中で、情報の集積者として、間接ネットワーク効果と相まって市場支配力を獲得し、独占・寡占状態が生まれることから生じる様々な弊害に対し、いかに対応するかが問われているといえる。その意味で、GAFA 規制の問題は市場提供者としての DPF 規制の問題にとどまらない固有の論点を形成しているといえると思われる⁽³⁾。

このような観点から、本稿では、DPF を巡る諸問題の経済犯罪規制における位置づけと刑事規制における課題について、独占禁止法の罰則の検討を中心に、若干の検討を行うことにしたい。

2. 市場における経済活動の規制と刑事法

DPF がもたらす競争政策上の諸問題に対する刑事規制のあり方という問題は、市場における経済活動に対し刑事法がいかに介入すべきなのか、という問題と言い換えることができると思われる。このような理解を前提に、市場における経済活動に対する規制状況を整理すると、大きく、市場の機能に着目してこれを侵害ないし危殆化する行為を規制しようとするものと、市場における他の競争事業者や消費者の具体的利益に着目してその侵害ないし危殆化を規制しようとするものとに、分けることができるように思われる。

(1) 競争・市場の機能保護に着目した規制例

まず、市場の機能に着目してこれを侵害ないし危殆化する行為を規制しよ

(2) 周知のように、Google, Apple, Facebook, Amazon をつなぎ合わせた造語である。本稿では、巨大 DPF 事業者を表す概念として用いている。

(3) DPF の、場の提供者、データの集積者、場の設計者という側面に着目しつつ、刑事規制上の諸問題を扱ったものとして、品田智史「デジタルプラットホームと刑法学」法律時報93巻12号（2021年）93頁以下。

うとするものとしては、独占禁止法（「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」。以下、独禁法という。）の私的独占の罪（独禁法2条5項、3条、89条1項1号、92条）、不当な取引制限の罪（独禁法2条6項、3条、89条1項1号、92条）、金融商品取引法（以下、金商法という。）の相場操縦罪（金商法159条、197条1項5号）、インサイダー取引罪（金商法166条、167条、197条の2第13号）、損失補てん等の罪（金融商品取引業者等による損失保証等について、金商法39条1項、198条の3、顧客による損失補てん等の約束行為等について、金商法39条2項、200条16号）、などを挙げる事ができると思われる。

独禁法と金商法とを比較すると、独禁法が保護する市場は「一定の取引分野」として把握される市場であり、範囲的な限定はあるものの、対象となる「市場」は限定されていないのに対し、金商法は、業法という性格もあり、「金融商品市場」という特定された市場を保護の対象としている。保護法益という観点から見れば、独禁法の私的独占の罪及び不当な取引制限の罪が、「一定の取引分野」における市場の競争機能を保護法益とするものと解されるのに対し⁽⁴⁾、金商法の各罪の保護法益が何かについては議論の余地がある⁽⁵⁾。まず、相場操縦罪は、金融商品市場という特定された「市場」における「価格形成機能」を保護法益とするものと解される。次に、インサイダー取引罪については、「証券市場の公正性・健全性」と捉えられているが、その内実・実体は必ずしも明らかではない。これを価格形成機能など市場の機能を侵害ないし危殆化する行為と捉えることは難しく、言い換えるならば、「証券市場の公正性・健全性に対する社会の信頼」ということになろうかと思われる。これらに対し、損失補てん等の罪については、価格形成機能に対する影響も

(4) 競争刑法の保護法益を競争制度の機能という観点から捉える先駆的研究として、京藤哲久「経済刑法の構成要件とその目的的解釈」刑法雑誌30巻1号（1989年）90頁以下。

(5) 金商法における不正取引に関する罰則の保護法益について、神例康博「証券犯罪の保護法益と制度的法益の刑罰的保護について——不正取引の規制に関する罰則規定を中心に——」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（2016年）859頁以下。

観念しうるとはいえ⁽⁶⁾、相場操縦罪ほどに直接的ではなく、証券会社の中立的・公正性に対する投資家の信頼、証券会社の財務の健全性などが保護法益として理解されるものと思われる⁽⁷⁾。

(2) 競業事業者・消費者の個別利益の保護に着目した規制例

次に、市場における他の競争（競業）事業者や消費者の具体的利益に着目して、その侵害ないし危殆化を規制しようとするものとしては、不正競争防止法（以下、不競法という。）の営業秘密侵害罪（不競法21条1項）及び不正競争罪（不競法21条2項）、特許法、実用新案法などの、いわゆる産業財産権法における各種産業財産権の直接侵害罪（特許法196条、実用新案法56条、意匠法69条、商標法78条、種苗法68条）及び間接侵害罪（特許法196条の2、実用新案法56条⁽⁸⁾、意匠法69条の2、商標法78条の2）、特定商取引法（「特定商取引に関する法律」。以下、特商法という。）における重要事項不告知・不実告知罪（特商法6条1項・2項ほか、70条1号）、書面不交付・虚偽記載書面交付の罪（特商法4条ほか、71条1号）などが挙げられると思われる。

まず、不競法の営業秘密侵害罪等についてみると、不競法は同法の目的として、「不正競争の防止」を通じて「事業者間の公正な競争を確保する」こ

(6) 最決平成9年9月4日民集51巻8号3619頁は、「損失保証は、元来、証券市場における価格形成機能をゆがめるとともに、証券取引の公正及び証券市場に対する信頼を損なうものであって、反社会性の強い行為である」としている。

(7) 黒沼悦郎『金融商品取引法（第2版）』（2020年）527頁以下は、市場の価格形成機能の維持も投資者の証券市場に対する信頼の維持も、損失補てんを罰則により禁止する論拠としては正当化できないとし、禁止の趣旨を「証券会社の財務の健全性の確保」に求めている。そして、平成3（1991）年改正法（この改正により、それまで行政処分の対象でしかなかった事前の損失保証が刑事罰の対象とされるとともに、新たに事後の損失補てんも法規制の対象とされ、刑事罰の対象とされた）を、「証券会社の財務の健全性を確保させることを通じて、証券会社の破綻による損害から小口の顧客を間接的に保護するものであるともいえる」（530頁）としている。

(8) 実用新案法については、実用新案権の侵害罪の法定刑が特許法などと異なり、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはこれらの併科と低く設定されており（実用新案法56条。なお、特許法の直接侵害罪の法定刑は、10年以下の懲役もしくは1000万円以下の罰金またはこれらの併科〔特許法196条〕、間接侵害罪の法定刑は、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはこれらの併科〔特許法196条の2〕である。）、実用新案法28条に該当する間接侵害行為も、同法56条の「侵害」に含まれることになる。

とを掲げているものの(不競法1条)⁽⁹⁾、営業秘密侵害罪(不競法21条1項、同条3項)や不正競争罪(不競法21条2項、同条3項)について、その保護法益という観点からみると、「不正競争の防止」(不競法1条)を通して「事業者間の公正な競争」を保護するというよりも、端的に、市場における競争事業者や消費者の経済的・財産的利益を保護するものと解される⁽¹⁰⁾。

次に、特許法等の産業財産権法における直接侵害罪及び間接侵害罪についても、特許権者等権利者の個別的な経済的ないし財産的利益、すなわち産業財産権自体を保護するものと解される。

(9) なお、経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法(第2版)』(2019年)26頁は、不競法を独禁法とともに、「競争秩序の維持を図る法律である」としている。

(10) 独禁法と不競法との関係について、たとえば、小野昌延・松村信夫『新・不正競争防止法概説(第3版)[上巻]』(2020年)59頁は、「両者はともに自由かつ公正な競争秩序の維持につくすものであるが、『競業の自由』が独占禁止法の、『競業の公正』が不正競争防止法の法目的であるといわれる。」として、不競法の意義を「スポーツにおいて、競争に勝つためにアンフェアな行為を禁止する必要があるのと同様に、営業競争において、『競業の公正』が、良俗・信義衡平に反する競争行為によって破壊されることを禁圧しようとするものである。」としている。

もっとも、不正競争罪について、たとえば商品等主体混同惹起行為(不競法2条1項1号、21条2項1号)に関し、他人の商品等表示を使用して他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為を、事業者間の公正な競争を阻害する行為と捉えるとしても、保護法益という観点から見れば、混同を生じさせられる競争事業者の利益、混同により商品等の選択の自由を侵害ないし危殆化される消費者の利益を侵害する行為と捉えることで、公正競争保護の視点はこれらの法益に還元され、それとは区別される固有の法益を構成しないように思われる。

他方、営業秘密侵害罪についても、公正競争保護は営業秘密を保有する主体の財産的利益の保護に還元され、これとは別に固有の法益を構成しないと思われる(なお、一原亜貴子「営業秘密侵害罪に係る不正競争防止法の平成21年改正について」岡山大学法学会雑誌60巻3号(2010年)485頁は、平成21年改正により営業秘密侵害罪が財産犯化したとする。営業秘密侵害罪の保護法益について、さらに、一原亜貴子「営業秘密侵害罪の保護法益」商学討究59巻4号(2009年)165頁以下、木村光江「営業秘密侵害罪と情報に対する刑事的保護について」首都大学東京法学会雑誌59巻1号(2018年)46頁以下、星周一郎「営業秘密の刑事法的保護の意義」首都大学東京法学会雑誌59巻1号(2018年)168頁以下など参照)。

このように、不競法の不正競争罪及び営業秘密侵害罪については、公正競争保護は競争事業者や消費者の利益に還元され、固有の法益を構成しないと思われるのであり、独禁法の不当な取引制限罪において、消費者の利益が市場の競争機能という制度的法益に還元されるのとは、真逆の構造になっているといえると思われる。なお、経済刑法の保護法益における制度的法益と個人的法益との関係について、神例康博「経済刑法の保護法益について——制度依存型経済犯罪における制度的法益と個人的法益との関係——」川端博ほか編『理論刑法学の探究8』(2015年)111頁以下。

最後に、特商法についてみると、特商法1条は、同法の目的として、「特定商取引を公正に」することを掲げており⁽¹¹⁾、特定商取引にかかる市場環境を整備するという意味では、特商法には市場規制法という性格もあるといえる。しかし、重要事項不告知・不実告知にかかる罰則規定については、購入者等の利益を離れて特定商取引の公正を独自の保護法益と解するの必要を見いだしがたく、端的に、消費者の個別的な利益を保護するもの、私見では財産処分意思形成の自由を保護するものと解される⁽¹²⁾。

(3) 小 括

このように、市場における経済活動に対する刑事規制としては、①市場の価格形成機能など、市場の機能を阻害する行為を規制する類型と、②市場における他の競争事業者や消費者の個別的利益を侵害する行為を規制する類型とに、大きく分けることができる。そして、市場の機能を阻害する行為を規制する類型については、価格形成機能など市場の機能そのものを保護法益とするものと、市場の機能に対する信頼などを保護するものとに分けることができると思われる。他方、競争事業者、消費者の個別的利益を保護するものについては、利益の内実に応じて、財産ないし財産的利益を保護するもの、選択の自由を保護するもの、事業者や消費者が有する情報を保護するものなどに、それぞれ分けることができると思われる。

このような整理を前提として、自己優遇（「複数の事業を運営し、間接ネットワーク効果の中で拡大展開するエコシステムの中で、利用事業者が多数存在する市場において自らも同じ市場の中でプレーヤーとなり自らの地位

(11) 特商法1条は、同法の目的について、「この法律は、特定商取引（訪問販売、通信販売及び電話勧誘販売に係る取引、連鎖販売取引、特定継続的役務提供に係る取引、業務提供誘引販売取引並びに訪問購入に係る取引をいう。以下同じ。）を公正にし、及び購入者等が受けることのある損害の防止を図ることにより、購入者等の利益を保護し、あわせて商品等の流通及び役務の提供を適正かつ円滑にし、もつて国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。」と規定している。

(12) この点については、神例康博「特定商取引法違反の罪と消費者保護——重要事項不告知・不実告知罪を中心として——」甲斐克則ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第2巻経済刑法』（2006年）179頁以下。

を優遇して利益を得」る行為⁽¹³⁾や搾取行為（「エコシステムの中で支配力を有する市場を背景として別の市場における利用事業者から高い利用料を課すなど不当な利益を搾取する」行為⁽¹⁴⁾）など DPF 規制において競争政策上問題となりうる行為をみると、基本的には、これらの諸類型のいずれかに位置づけることができると思われる。

3. DPF に対する刑事規制のあり方

中里教授は、支配型私的独占だけでなく、排除型私的独占についても、私的独占の罪という刑事罰の活用を考える時期に来ている、との状況認識とともに⁽¹⁵⁾、刑事罰適用における課題を踏まえたうえで、DPF 規制における刑事規制の枠組みの意義を指摘している⁽¹⁶⁾。次に、このような問題提起を踏まえて、私的独占の罪の適用可能性に関する問題を中心に、立法も視野に、刑事規制のあり方について、若干の検討を行うこととしたい。

(1) 私的独占罪の適用可能性

① 独禁法エンフォースメントにおける刑事罰の機能

独禁法89条1項1号は、私的独占や不当な取引制限を、排除措置命令（独禁法7条）の対象だけではなく、刑事罰の対象としている。もっとも、自己優遇や搾取行為など、DPF がもたらす競争政策上の弊害行為に対し私的独占の罪を用いた規制を考えるにあたっては、独占禁止法の運用・エンフォースメントにおいて、これまで刑事罰がどのような機能を果たしてきたのか、また、課徴金制度の意義及びその変容との関係で、現在及び今後、刑事罰の意義と機能をどのように考えるかを踏まえた検討が必要になるように思われる。

(13) 中里・前掲注(1)41頁参照。

(14) 中里・前掲注(1)41頁参照。

(15) 中里・前掲注(1)42頁参照。

(16) 中里・前掲注(1)52～53頁。

独禁法違反に対する刑事告発については、平成2(1990)年6月20日に公正取引委員会により「独占禁止法違反に対する刑事告発に関する公正取引委員会の方針」(告発方針)が出され、①価格カルテルなどの悪質かつ重大な違反、②違反を反復している事業者等の違反行為のうち、行政処分によっては独禁法の目的を達成できない事案について、積極的に刑事告発を行う方針であることが明らかにされた。現在の告発方針では、告発の対象には私的独占も含まれているものの、私的独占の罪についてこれまで刑事告発がなされた例はない。他方、不当な取引制限については、告発方針が示されて以降、令和3年7月31日までに18件の刑事告発がなされている⁽¹⁷⁾。刑事告発されるのはおおよそ2年に1回の割合であり、科刑の状況を見ると、実刑判決は法人に対する罰金刑のみであり、法人における行為者・自然人に対してはすべて懲役刑の執行猶予判決である。市場の機能を侵害ないし危殆化する行為に対する刑事罰の活用という点から見ると、金商法の相場操縦罪やインサイダー取引罪が積極的に用いられているのに対し、私的独占の罪や不当な取引制限の罪は、必ずしもそうではなかったと評価することができるように思われる。まずは、このことをどのように評価するかが課題となるように思われる⁽¹⁸⁾。

不当な取引制限の罪について、行為者である自然人に対する科刑がすべて執行猶予判決となっているのは、不当な取引制限が、行為者個人の利益を求めて行われるのではなく、もっぱら会社の利益を図って会社のために行われる組織体犯罪であることが考慮されているとの見方もできるかもしれない。しかし、不当な取引制限について、その当罰性が明らかであれば、会社のためにした行為であることは、実刑を回避する理由にはならないと思われる。

(17) 公正取引委員会のウェブサイト (http://www.jftc.go.jp/dk/dk_qa.html#cmsQ35) による。告発方針に基づいて告発された最初の事件が、平成3(1991)年11月に告発されたいわゆる業務用ラップカルテル事件である。

(18) この点に関し、中里・前掲注(1)52頁は、法人罰金の限界を指摘しつつ、「刑事罰の持つ抑止効果という側面では、DPF事業の中核を担う個人に対する刑事責任の追及がより将来における再発防止効果を期待できるともいえる。」とし、「これまで個人に対する不当な取引制限罪には例外なく執行猶予が付されており、今後も実刑判決の言渡しが困難としても、なお個人に対する有罪判決の存在自体、スティグマ(感銘力)としての機能が働くのではないか。」としている。

反競争効果が明白とされる不当な取引制限についても、果たして、刑罰に値する違法な行為であるとの評価が確立しているのかどうか、行政的な規制・制裁で足りると捉えられているのではないかといった点も、検討する必要があるように思われる。

それとともに、刑事罰の意義と機能という点では、課徴金制度の意義を踏まえた検討が必要である。周知のように、課徴金制度は、変容を遂げつつ⁽¹⁹⁾、独禁法以外の領域にも広がっている⁽²⁰⁾。独禁法の運用を含めた経済犯罪規制全般の課題として、課徴金制度の意義及びその変容との関係で、現在及び今後、刑事罰とりわけ財産刑の意義と機能をどのように考えるかを踏まえた検討が必要になるように思われる⁽²¹⁾。経済犯罪は、経済的ないし財産的利益を求めて行われるのであるから、財産的制裁が有効に機能する領域であるといえる。課徴金に加えて定額の罰金を科すことの意義⁽²²⁾、財産的制裁と

(19) この点について、中里・前掲注(1)52頁は、「2005年、2009年、2019年と段階的に課徴金の強化を含む独占禁止法の改正が行われているものの、『不当利得のはく奪』を中心とする課徴金制度の立法趣旨は大きく変わっていない」としている。何をもって大きく変わったと捉えるかという問題を措くとしても、加算・減算制度や減免制度は、不当利得のはく奪という観点からは説明はできないと思われ、不当利得のはく奪という枠組みを超えて「制裁」としての機能を高めていることは否めないように思われる（「制裁」とは何か、という問題はここでは措く）。なお、泉水文雄『独占禁止法』（2022年）は、課徴金の法的性質について、「課徴金の趣旨は一種の『行政上の制裁』と考えられる」としている。

(20) 平成16(2004)年の証券取引法（現在の金商法）改正により同法に導入された後、平成20(2008)年には公認会計士法、平成26(2014)年に景表法（「不当景品類及び不当表示防止法」）、令和2(2020)年に薬機法（「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」。旧薬事法）にそれぞれ導入されている。そして、平成20年の金商法の課徴金制度の見直しでは、過去5年間に課徴金の対象となった者が再度違反した場合には課徴金の額を1.5倍に加算する「加算制度」と、当局の調査前に対象となる違反行為を報告した場合には課徴金を半額に減算する「減算制度」が導入された。また、公認会計士法への課徴金制度の導入に際しては、公認会計士や監査法人が故意に虚偽の監査証明を行った場合には監査報酬の1.5倍の課徴金を課すとともに（公認会計士法31条の2第1項1号）、相当の注意を怠ったことにより重大な虚偽証明を行ったときは監査報酬相当額の課徴金を課すこととされた（公認会計士法31条の2第1項2号）。

(21) 経済犯罪に対する制裁の制度設計の枠組みについて、神例康博「経済犯罪に対する規制・制裁のあり方」刑事法ジャーナル25号（2010年）2頁以下。

(22) 「不当利得のはく奪」を本旨とするとされる課徴金制度は、事業者の一定期間の事業活動を無に帰す効果をもつものであるから、その制裁効果は、一般予防効果という点で見ても、上限に制限のある罰金刑を大きく上回るものといえよう。

して課徴金制度は罰金刑に代わりうるのか、私的独占罪についても課徴金制度を導入することにより刑事罰に代替できないのか、経済犯罪規制における刑事罰とりわけ罰金刑の意義・機能をどう考えるかが課題となると思われる。

②私的独占罪の適用をめぐる問題

(1) このように、私的独占の罪の活用を考える場合には、まず、独禁法の運用における刑事罰の意義と機能について、現状をどのように評価すべきかという問題があると思われるものの、この点を措くとしても、DPF事業者による自己優遇や搾取行為について私的独占の罪を適用することに関しては、私的独占の罪の実行行為をどのように理解するかという点において、なお課題があるように思われる⁽²³⁾。

(2) 私的独占の規制について、刑事罰の適用という観点から見れば、すでに一定の市場支配性が生じていることを前提に、市場を確定したうえで市場支配力や市場占有率、継続期間などの諸要素を踏まえて、いわば事後的に排除行為等を特定し、これに対し制裁を科すということはできないと思われる⁽²⁴⁾。なぜなら、刑事罰の適用のためには、行為時を基準として、可罰的な排除行為・支配行為を特定しうることが求められると思われるからである。このような観点から見ると、私的独占の罪の適用においては、行為時を基準として

(23) 中里・前掲注(1)43頁は、支配型私的独占について、「DPFが自らの主宰する中立的な仲介コンペ型取引において積極的に受注予定者の割り振りを実施する行為については、入札談合との類似性がみられることから、刑事告発の対象とすることに問題ないと考えられる。」とし、排除型私的独占については、同書44頁において、DPFの想定される行為として、「①排他条件付取引として利用事業者に対し自社サービスを義務づける行為(二者択一)、②抱き合わせとして競争事業者と競合する自社アプリのプリインストールの強制、③共同取引拒絶として自らのデジタル・エコシステム内に参加する事業者とともに、特定の競争者のサービスの利用を排除する行為について積極的に刑事告発の対象とすることが妥当である。」としている。

(24) 村上政博『独占禁止法(9版)』(2020年)39頁は、「市場支配力は、市場占有率とともに、一定の取引分野における競争の実質的制限を充たすかを判断する段階で、一定の取引分野の確定後に認定される判断要素であって、排除行為該当性の段階では認定のできるものではない」とする。

排除行為・支配行為該当性を明確に判断できるのかが、問題になりうるように思われる。

公正取引委員会は前述の「告発方針」及びこれを改訂した「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」(平成17年10月7日公表。最終改訂令和2年12月16日)に基づき、違反行為の中から一定の行為を刑事告発するとの方針を示している⁽²⁵⁾。告発の対象を一定の行為に限定するものであるが、「積極的に刑事処分を求めて告発を行う方針」とされる2つの事案のうち「ア」(一定の取引分野における競争を実質的に制限する価格カルテル, 供給量制限カルテル, 市場分割協定, 入札談合, 共同ボイコット, 私的独占その他の違反行為であって, 国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案)の該当性に関し, 告発の対象から外れる行為, すなわち, 「国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案」にあたらぬ行為について, これについても私的独占の罪の構成要件に該当すると考えるべきなのか, つまり, 禁止される行為と考えるべきなのか, それとも, そもそも構成要件該当性が認められない, つまり, 禁止の対象とはならないと考えるべきなのか, 必ずしも明らかではないように思われるのである。

というのも, 私的独占の罪と同じく独禁法89条1項1号により刑事罰の対象となる不当な取引制限の罪については, 実行行為をどのように理解するかについて, その罪質も含めて学説においても争いがあるものの⁽²⁶⁾, 相互拘

(25) 「告発方針」が「積極的に刑事処分を求めて告発を行う方針」としているのは, 「ア 一定の取引分野における競争を実質的に制限する価格カルテル, 供給量制限カルテル, 市場分割協定, 入札談合, 共同ボイコット, 私的独占その他の違反行為であって, 国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案」と「イ 違反を反復して行っている事業者・業界, 排除措置に従わない事業者等に係る違反行為のうち, 公正取引委員会の行う行政処分によっては独占禁止法の目的が達成できないと考えられる事案」である。

(26) 不当な取引制限罪の実行行為及び同罪の罪質をめぐる議論については, 芝原邦爾『経済刑法研究(下)』(2005年)749頁以下, 神山敏雄『独禁法犯罪の研究』(2002年)207頁以下, 幕田英雄『公取委実務から考える独占禁止法(第2版)』(2022年)314頁以下など参照。

束行為及び共同遂行行為の意義については、一定の明確性を担保できていると思われる。また、不当な取引制限については、反競争効果が明白なため、相互拘束行為及び共同遂行行為の規制が事業者の経済活動に対する過剰な刑事規制を招きかねないといった問題も少ないように思われる。それゆえ、告発方針における悪質性・重大性の基準は、行為の違法性を前提として告発対象にさらに絞り込みをかけようとするもの、と考えることができると思われる。もっとも、その不当な取引制限についても、刑事罰が有効に機能しているかどうかについて疑問があることは、既に述べたとおりである。これに対し、私的独占の罪における排除行為該当性・支配行為該当性については、その内実は必ずしも明らかではないのではないか、という疑問がある。私的独占の前段階に位置づけられると思われる「不公正な取引方法」については、独禁法2条9項1項ないし5項において完結した定義規定が置かれるとともに、第6号において公取委の指定にかかる規定が置かれている。これに対し、私的独占に関する2条5項の「排除」については、行為の内容を具体的に特定する文言はおかれておらず、この点について、行為とは呼べないものを取り除くにとどまるとの指摘もある⁽²⁷⁾。そして、私的独占と不公正な取引方法との関係について、行為の要件については、私的独占に該当しう行為のほとんど全ては不公正な取引方法にも該当すると指摘もある⁽²⁸⁾。こういった一連の指摘は、不公正な取引方法に関する規定が個別具体的であるのに対し、私的独占に関する規定が包括的抽象的であるということの意味するように思われる⁽²⁹⁾。

27) 白石忠志『独占禁止法(第3版)』(2017年)320頁。

28) 白石・前掲注27)313頁は、行為要件の観点からは私的独占に該当しう行為のほとんど全ては不公正な取引方法にも該当するとし、弊害要件の観点からは、市場支配的状态が必要とされる分だけ、私的独占が不当な取引制限よりも狭いとしている。なお、同書337頁注(5)は、不公正な取引方法に該当せず私的独占にのみ該当する行為もないではないが、全体から見ればそのような行為は僅かである、としている。

29) 金井貴嗣ほか編著『独占禁止法(第6版)』(2018年)154頁は、行為要件と市場効果の要件との関係について、「私的独占にあっては、行為要件が包括的に設定され、排除行為にせよ支配行為にせよ、事業者の広範な活動を包含するものとなっている」とし、「私的独占に該当する行為を行為要件によって絞り込む機能は必ずしも十分なものとはならない

このように、私的独占の罪については、刑事罰の対象となる排除行為、さらには支配行為とは何かについて、公取委の運用を踏まえても、明らかではないのではないと思われる。なお、付言すると、排除行為該当性と競争の実質的な制限該当性との関係をどのように捉えるかという問題と関係するが、競争の実質的な制限に至るおそれのある行為を行為時において類型的に把握することができるのであれば、一定の類型に該当する行為について、私的独占の罪の未遂罪を活用するというのも選択肢としてあり得ると思われる。いずれにせよ、「国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案」に限って刑事規制の対象とすることが望ましいとしても、その基準が排除行為・支配行為の時点で事業者に取り取れなければ、私的独占の罪を用いることは、DPF事業者の経済活動に対する萎縮効果を生みかねない。そうだとすると、「告発方針」を踏まえるとしても、私的独占の罪を具体的に用いるにあたっては、刑事制裁の対象となる行為が不明確であることを前提とした運用が必要になるとと思われる。この点は、最後に、経済犯罪規制の課題のところであらためて述べることにしたい。

(3) また、DPFの弊害行為を規制するにあたり、「市場」をどのように把握するかも問題になるように思われる。この点について、経済法学者の論考の中には、「排除型私的独占や自由競争減殺型の不正な取引方法の違反認定を行うためには、まず市場を確定することが必要となるが、デジタルプラットフォームが関わる市場は多面市場であり、かつ、コングロマリット化する

可能性がある」とする。そして、さらに、「私的独占については、行為（の外形的側面）とその競争への影響が密接に結びついている」とし、以下のように述べる。すなわち、「この点を踏まえると、事業者の一定の行為が私的独占の排除または支配に該当するかどうかは、当該行為の有する競争制限効果と連動する形で評価・判断されることになり、行為要件と対市場効果の要件を明確に区別するのは困難になる。私的独占の行為要件の包括性や行為要件と競争制限の効果（対市場効果の要件）の連動性を踏まえると、市場支配力を有する事業者について、通常の場合——つまり市場支配力を有しない事業者が行った場合——は適法とされる行為であっても、私的独占の排除または支配に該当することがありうる」となる。このような指摘は、行為を基準として可罰的な私的独占かどうかを判断することの困難性を示唆するもののように思われる。

ことも多いため、反競争効果の検討にあたり、相互に関連した複数の市場を個別に画定するか、一つの市場として画定するかという問題を含め、検討対象とする市場概念が曖昧かつ複雑になる⁽³⁰⁾との指摘が見られる。市場の価格形成機能など、市場の機能が侵害ないし危殆化されたかどうかは市場ごとに判断されるとすれば、市場の多面性は、違法性を市場の機能侵害のレベルで把握することを困難にしないか、多面的な市場を包括して「一定の取引分野における競争を実質的に制限した」と評価することができるかが問題となるように思われる。

(4) このように、私的独占の罪については、犯罪構成要件という観点から見ると規制の対象となる行為が包括的であることを否認ないと思われる。もっとも、見方を変えれば、規制の対象が包括的であることは、罰則規定としての汎用性が高いというメリットを備えているともいえるかもしれない。たとえば、金商法の罰則について、同法158条が規定する偽計の罪については、従前適用事例が見られなかったところ、近時、いわゆる不公正ファイナンス⁽³¹⁾の事案について、発行市場と流通市場の双方にまたがる市場監視を行う観点から、適用事例が見られるようになってきている⁽³²⁾。これは、包括的な罰則規定が罰則規定としての汎用性を高める一例と評価することができると思われるが、経済活動に対する過剰規制とそれによる萎縮効果を生むおそれと隣り合わせであり、刑事規制のあり方としては望ましいかたちとは思われない。このような理解を踏まえると、私的独占に該当すると思われる行為

(30) 東條吉純「デジタルプラットフォームと独禁法——現状と課題——」日本経済法学会年報42号（2021年）7頁。

(31) 松尾直彦『金融商品取引法（第5版）』（2018年）574頁参照は、「割当先が不透明で反社会的勢力などの関与が懸念されたり、既存株主の株主嫌悪著しい希薄化をもたらすような第三者割当増資などのなかで、発行者の経営陣と特定の投資家が結託し（会社の「箱」企業化）、ファイナンスと絡めて相場操縦、インサイダー取引、風説の流布・偽計などの不公正取引や有価証券報告書などの虚偽記載が行われるような複合的事案」を「不公正ファイナンス事案」としている。さらに、黒沼・前掲注(7)516頁。

(32) 証券取引等監視委員会「告発の現場から①——不公正ファイナンスに係る偽計の告発」(<https://www.fsa.go.jp/sesc/actions/kokuhatu/main.pdf>)。

についても、独禁法2条5項の排除行為該当性または支配行為該当性に着目して、私的独占の罪による直罰型の規制を図るよりも、公取委による行政的な規制を踏まえつつ、確定排除措置命令違反罪（独禁法90条3号、92条）を通じた間接罰型の規制を図る方が妥当ではないかと思われる。そのうえで、立法論の見地から、可罰的な私的独占について、不公正な取引方法におけるように個別具体的に規定することが望ましいように思われる。その際、優越的地位の濫用を含む不公正な取引方法について、これを私的独占に至る前段階の行為規制と位置づけるならば、「不公正な取引方法」に該当する一定の行為について可罰的な行為として刑事罰の対象とすべきものがないかという点も、検討の対象となると思われる。

③可罰的行為の類型化

私的独占または不公正な取引方法に該当しうる行為のうち、いかなる行為を可罰的な行為として刑事規制の対象に取り込むかについての検討は、経済法研究者、刑事法研究者、実務家との学際的討議が不可欠であると思われる。もとより、刑事制裁の対象を絞り込むプロセスについては、明確に定まったものがあるわけではないが、基本的には以下のような枠組みになるのではないかと思われる⁽³³⁾。

まず、刑事規制を考える場合の出発点は、法益をどのように捉えるかであり、当該法益が法益としての妥当性・正当性を有するか、である。いわゆる経済刑法の保護法益に関しては、市場の価格形成機能など、一定の制度的利益も法益としての適性を有すると思われるが、その内実は必然的に抽象的なものにならざるを得ない。その意味では、事業者や消費者の具体的利益に着目して法益を捉えることができるのであれば、次の行為規制の比例性を考えるうえでも、その方が望ましいと思われる⁽³⁴⁾。他方、価格形成機能など市

(33) 神例康博「刑法の行為規範性に関する覚書——経済刑法を素材としつつ——」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（2022年）91頁以下。

(34) もっとも、金商法の相場操縦罪を、市場を利用した投資家に対する詐欺罪と捉え個人的法益に対する罪に位置づけるのが妥当でないように、一定の制度的法益を保護法益と

場の機能に着目して法益を捉える場合には、市場の特定性、機能の具体性が求められるように思われる。また、市場の機能それ自体と機能に対する信頼も峻別する必要がある。

次に、行為規制の比例性が問題となる。行為規制の比例性は、以下の3つの観点から検討される必要があると思われる。まず、①当該行為規制が、法益保護という目的を達成するために必要な手段であること、次に、②いくつかの手段が考えられる場合には、相対的に穏やかで、行為を規制される者の負担が最も少ない手段であること、そして、③当該行為を規制することにより保護される法益とそれに対立する利益とを比較し、前者が後者を上回ること、である。

最後に、制裁として刑罰を用いることの正当性が問題となる。ここでは、先に述べた、課徴金制度、行政制裁金との関係を踏まえた検討が必要となる。

(2) 刑事立法の方向性

以上の点を踏まえ、刑事立法の方向性を考えるならば、市場の二面性から生じる自己優遇や搾取行為などは、法益という観点からみると、市場における公正な競争を阻害するという側面と、市場における競争事業者、消費者を含めたDPF利用者の個別的利益を阻害するという2つの側面があると思われる⁽³⁵⁾。また、情報の集積者という立場から生じる個人情報等の取得活用にかかる問題⁽³⁶⁾は、不当な個人情報の取得が優越的地位の濫用にあたるとの考え方に示されるように、消費者・DPF利用者の利益を侵害する行為にとどまらず、市場における公正な競争を阻害する、自由競争の基盤を侵害するという側面を兼ね備えているように思われる。

して承認せざるを得ない。これについては、神例・前掲注(10)111頁以下。そのうえで、いかなる制度的法益が刑法的保護に値するかを明らかにすることが必要である。

(35) 中里・前掲注(1)41頁が指摘する、データの集積の過程での個人データの不正取得、現在・過去のデータの利用事業者の監視手段としての利用、パーソナライズド・プライシングとそれによる競争事業者の排除といった問題も、同様の整理が可能と思われる。

(36) 東條・前掲注(30)4頁。

このように、DPF 規制において問題となる行為は、競争侵害ないし阻害性、事業者及び消費者の個別利益の侵害という要素が相互に密接に結び付いており、規制のあり方を考えるにおいては、公正競争の保護と競業事業者の利益保護、消費者の利益の保護のいずれに評価の重点を置くかをまず明らかにする必要がありますように思われる。この点については、私的独占の罪における競争の実質的制限や、自由競争減殺型の不公正な取引方法における公正競争阻害性の判断が、市場を確定したうえで市場占有率の算定、市場支配力の程度、継続期間といった諸要素を総合して判断されるものであるとすれば、刑事規制のあり方としては、不当な取引制限のように、相互拘束行為・共同遂行行為と競争の実質的制限とを一体として評価できると思われる類型を除き、事業者や消費者の具体的利益に即して可罰的行為を類型化する方が、事前規制の観点からは望ましいと思われる⁽³⁷⁾。

4. おわりに —— 経済犯罪規制の課題 ——

これまで述べてきたように、私的独占該当性が問題となりうる DPF の行為についても、現在の運用のあり方としては、不公正な取引方法と同様に、公取委による行政規制を軸に確定排除措置命令違反罪を活用するというのが妥当な選択肢のように思われる。それとともに、立法論的観点から、可罰的な行為の類型化を検討する必要があると思われる。そのうえで、現行の私的独占の罪を適用する場合には、経済活動の規制においては刑事罰の対象となる行為かどうかの基準について不明確な部分、いわばグレーゾーンを除去できないという点を踏まえつつ、過剰規制をいかに回避するかが課題となると思われる⁽³⁸⁾。

このような観点からは、規制内容の事前確認を制度的に担保し、それによ

(37) 村上・前掲注(24)49頁は、不公正な取引方法における公正競争阻害性について、自由競争減殺型、不公正な競争手段型、自由競争基盤侵害型に分け、自由競争減殺型については市場の確定が必要としている。

(38) 行為規範の不確定性と具体化について、神例・前掲注(33)105頁以下。

り法の求める方向に行動を規制しようとする法令適用事前確認手続(ノーアクションレター)や産業競争力強化法による「グレーゾーン解消制度」の刑事司法手続における意義についても、なお検討の余地があるように思われる⁽³⁹⁾。これらの制度は、事業者を行政制裁から解放することはできても、刑事罰が適用されるかどうかは保障されない。行政庁の処分が司法を拘束することは許されないという原理的な問題があるとはいえ、特に経済規制を含めた行政規制の領域では、違反行為者を処罰することよりも、望ましくない事態を回避しようとする事業者の活動のインセンティブを引き出すことが重要となる。この問題は、独禁法に限らず、経済犯罪規制全般において課題であると思われるが、この点、独禁法の運用に関しては、私的独占の罪など一定の犯罪については公正取引委員会が専属告発権を有するわけであるから、事業者の法適合的態度を踏まえて刑事処分を回避するという運用は可能であろう。その意味で、公取委の機能と役割は、この問題に関する試金石となるように思われる。

また、DPFの事業活動において問題となりうる行為がそうであるように、経済活動規制の場面では、あらかじめ行動のルールを定めて関係者にこれを遵守させるという規制モデルが有効に機能しない場合もあると思われる。そうだとすると、この点については、企業・事業者が積極的にルール形成に関与し、規範の相互形成作用することを求める、『Society 5.0 報告書』に示されたアジャイル・ガバナンスモデル⁽⁴⁰⁾が一定の示唆を与えるように思われる。先に述べた、法令手続事前確認手続などにおいても、規範の相互形成というのは有効な視座であると思われる。もっとも、アジャイル・ガバナンス

(39) 近時の「手続化」をめぐる議論も、この文脈において示唆を与えるように思われる。「手続化」について、天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察(1)(2)(3・完)」香川法学39巻3=4号(2020年)39頁以下、40巻1=2号(2020年)67頁以下、40巻3=4号(2021年)101頁以下参照。

(40) これについて、稲谷龍彦・深水大輔「アジャイル・ガバナンスとそのシステムデザイン」商事法務2289号(2022年)24頁以下、宍戸常寿ほか「アジャイル・ガバナンスを担う企業の役割——経済安保・ルールメイク・企業制裁・合意形成などの観点から」NBL1209号(2022年)35頁以下。

において制度設計のステークホルダーとして企業が主たる役割を担うとしても、このことと刑事制裁の対象も企業でなければならないということは繋がらない。これは法人処罰の意義をどう考えるかという、いわば古くて新しい問題に帰着するが⁽⁴¹⁾、利益剥奪が問題となる課徴金などと異なり、刑事制裁の場面では、端的に、経営者など自然人に向けたサンクションを軸に考えれば足りると思われる。この点は、デジタル市場においてAI規制が問題となる場合でも同じであると考ええる。

* 本稿は、科研費基盤研究(C)課題番号21K01202による研究成果の一部である。

(41) これについては、神例康博「法人処罰論の課題——近時の理論展開を踏まえて」浅田和茂ほか編『刑事法理論の探求と発見・斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』(2012年)73頁以下。なお、中里・前掲注(1)48頁は、「AIの出現を理由に個人・法人の責任を曖昧にするのではなく、むしろ個人の行為や法人の責任をより明確にする姿勢が必要なのではないか」とし、「個人責任の前提とともに、両罰規定の中で補完的な法人の責任を組み込んだ独占禁止法の刑事規制の枠組みを、DPFによる違反行為にも用いることができるのではないか。」としている。