

グローバル化を踏まえた 我が国競争法の課題

報告書

2013年4月

はじめに

独占禁止法における課題としては、かねてより、公正取引委員会による審判制度の廃止、更には、公正取引委員会が行う行政調査手続における企業の手続保障、具体的には、①弁護士依頼者間秘匿特権、②事情聴取等における弁護士の立会い、③謄写資料の提出、供述調書等のコピーの交付、④関係証拠資料の開示、⑤自己負罪拒否特権などの導入について議論がされてきた。

平成 22 年 3 月に国会に提出された「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律案」(以下「改正法案」という。審査未了により平成 24 年 11 月に廃案。)は、審判制度の廃止をその内容とするとともに、その附則において、「政府は、公正取引委員会が事件について必要な調査を行う手続について、我が国における他の行政手続との整合性を確保しつつ、事件関係人が十分な防御を行うことを確保する観点から検討を行い、この法律の公布後一年を目途に結論を得て、必要があると認めるときは、所要の措置を講ずるものとする。」(附則 16 条)と規定しており、手続保障の強化につながり得るものであった。

一方、近年、欧米の競争当局を中心としたカルテルに対する執行強化の傾向がみられる。我が国企業も欧米諸国における競争政策の運用に十分な注意を払い、コンプライアンスを一層充実させることが迫られている。

そこで、欧米のカルテル規制の動向を探るとともに、公正取引委員会が行う行政調査手続のあり方に関する課題を把握、検討することを目的として、当研究所は、学会、法曹界及び経済界から委員を迎え、独占禁止法研究会を立ち上げた。そして、行政調査手続のあり方をはじめとした今後の独占禁止法の課題についての研究を行った。また、研究に際しては、我が国の行政調査手続の現状に加え、諸外国の制度や運用実態を把握することが不可欠であったため、欧米調査を行った。

本報告書は、大きく分けて三部構成となっている。

まず第 I 部は、昨年 9 月 25 日から 10 月 1 日にかけて実施した欧米調査の結果報告である。欧米の競争当局及び法律事務所から聴取した、調査・捜査手続や制裁の実状、リニエーション申請の考慮要素や当局間の協力・連携の実状を報告し、欧米における弁護士依頼者間秘匿特権、弁護士の立会い、手持ち資料の開示等の実状を明らかにしたものである。

第 II 部は、国際標準の競争法に向けての裁量型課徴金の創設についての政策提言、国際標準の競争法体系・競争ルールを確立するための解釈論の課題、国際的なカルテルへの重罰化に対する対応策、公正取引委員会が行う行政調査手続の見直しなど、独占禁止法に関する主要な課題をテーマとした研究主幹報告である。

第Ⅲ部は、研究会の各会合における研究委員の報告に、各研究委員が加筆及び修正を加えた研究報告である。第 1 章は、カルテル調査実務の変化、欧米調査の結果も踏まえて、独占禁止法における適正手続の保障を十分なものとするための提言が行われている。第 2 章は、金融商品取引法の課徴金制度の概要、行政庁の裁量や調査手続などについての説明、それらに対する評価が示されている。第 3 章は、国際的なカルテル規制の最近の動向を踏まえて、コンプライアンス体制の充実・強化に向けた提言が行われている。第 4 章は、課徴金制度のあり方としてはいくつかの案が考えられるところ、課徴金制度の現状を踏まえたうえで、それぞれの案のメリット、デメリットの検討が示されている。

各報告は、各執筆者の判断と責任に基づくものである。

当研究所による今回の欧米調査においては、訪問先のアレンジ等につき、宇都宮秀樹委員の全面的かつ献身的なご協力がなくては到底なしえなかったものであり、訪問先の選定については、宮川裕光委員、林素乃子委員、和田照子主幹（経団連経済基盤本部）にご協力をいただいた。また、ご多忙の中、欧米調査団に加わっていただいたタスクフォース委員のみなさま（村上政博研究主幹（欧米）、宇都宮秀樹委員（欧米）、池田千鶴委員（欧州）、林素乃子委員（欧州））にも、大変ご尽力いただいた。

研究会にご協力をいただいたみなさまに厚く御礼申しあげたい。

本報告書が、独占禁止法の課題を検討するための一助となれば幸いである。

2013 年 4 月
21 世紀政策研究所
研究員 泉地賢治

※本報告書は 21 世紀政策研究所の研究成果であり、経団連の見解を示すものではない。

タスクフォース委員一覧

研究主幹

村上 政博 一橋大学大学院国際企業戦略研究科 教授

委員（順不同）

池田 千鶴 神戸大学大学院法学研究科 准教授
池本 茂 大成建設株式会社 法務部長
宇都宮 秀樹 森・濱田松本法律事務所 弁護士
大野 顕司 住友化学株式会社 総務法務室部長（法務・コンプライアンス）
北川 浩 エヌ・ティ・ティ・コムウェア株式会社 考査室長 兼 監査役室長
小寺 毅 帝人株式会社 法務室担当部長
小長谷 真理 東日本旅客鉄道株式会社 法務部知財グループ課長
仁分 久弥子 新日鐵住金株式会社 法務部国際法務室主幹
林 秀弥 名古屋大学大学院法学研究科 准教授
林 素乃子 株式会社東芝 法務部法務第二担当グループ長
松尾 直彦 西村あさひ法律事務所 弁護士・ニューヨーク州弁護士
東京大学大学院法学政治学研究科 客員教授
宮川 裕光 外国法共同事業 ジョーンズ・デイ法律事務所 弁護士
ニューヨーク州弁護士
阿部 泰久 一般社団法人日本経済団体連合会 経済基盤本部長
泉地 賢治 21世紀政策研究所 研究員

(2013年3月時点)

目 次

はじめに	i
タスクフォース委員一覧	iii
第 I 部 欧米調査報告	1
第 1 はじめに—欧米調査の趣旨と調査の方法	3
第 2 国際的なカルテル規制	4
1 欧州の調査手続	4
2 米国の捜査・調査手続	8
3 リニエンシー申請手続／当局間の協力・連携	11
4 制裁・二重制裁の回避	14
第 3 行政調査手続の見直し	18
1 欧米における秘匿特権	18
2 欧米における弁護士の立会い	20
3 欧米当局の手持ち資料の開示	21
第 II 部 研究主幹報告	25
現在における独占禁止法に関する主要な課題	27
第 1 章 本報告の概要と趣旨	27
第 2 章 残る立法論、解釈論上の課題	28
第 1 国際標準の競争法へ	28
第 2 非裁量型課徴金から裁量型課徴金へ	28
第 3 解釈論における残された課題—段階の二重規制に	35
第 3 章 国際的なカルテルへの重罰化とそれに対する対応策	47
第 1 国際的カルテルを巡る動向と関連する法理論	47
第 2 リニエンシー制度とカルテル調査の平準化	51
第 3 カルテル規制強化に対する日本企業の取り組み	54
第 4 競争法の域外適用と制裁金の二重賦課	58

第4章	独占禁止法の行政手続の見直し	61
第1	検討のための前提条件	61
第2	弁護士依頼者間秘匿特権	63
第3	手持証拠の開示	65
第4	現行の供述調書中心主義の見直し	67
第Ⅲ部	研究報告	71
第1章	独占禁止法における行政調査手続と適正手続の保障	73
第1	はじめに 問題の所在—行政調査手続と適正手続の保障	73
第2	弁護士依頼者間秘匿特権の付与	73
第3	事前手続における審査官手持証拠の開示	86
第4	供述録取時の弁護士の立会い	93
第5	求めによる供述調書の写しの交付	100
第6	まとめにかえて	103
第2章	金融商品取引法における課徴金制度の概要	105
第1	金商法の課徴金制度の趣旨	105
第2	金商法の課徴金制度の特徴	106
第3	金商法の課徴金制度の対象・水準	113
第4	証券取引等監視委員会	119
第3章	米国反トラスト法・EU競争法～国際的なカルテル規制の強化～	123
第1	国際的なカルテル規制の最近の動向	123
第2	米国反トラスト法におけるカルテル規制	126
第3	EU競争法におけるカルテル規制	129
第4	リニエーション制度	132
第5	コンプライアンス体制の充実・強化に向けて	135
第4章	裁量型課徴金制度のあり方について	140
第1	はじめに	140
第2	平成21年法改正後の課徴金制度	142
第3	各案の検討	154
第4	結びに代えて	162

第 I 部 欧米調查報告

欧米調査報告

宇都宮 秀樹
池田 千鶴
林 素乃子
泉地 賢治

第1 はじめに一欧米調査の趣旨と調査の方法

欧米調査は、欧米のカルテル規制の動向を探るとともに、公正取引委員会が行う行政調査手続の見直しの議論の参考に供すべく、欧米の競争法違反事件に対する調査等の現状及び課題を把握することを趣旨として、平成24年9月25日から10月1日にかけて、ベルギー・ブリュッセル及び米国・ワシントンDCの競争当局（欧州委員会（以下「欧州委」という。）、米国司法省、米国連邦取引委員会）及び法律事務所を訪問することにより行われた。

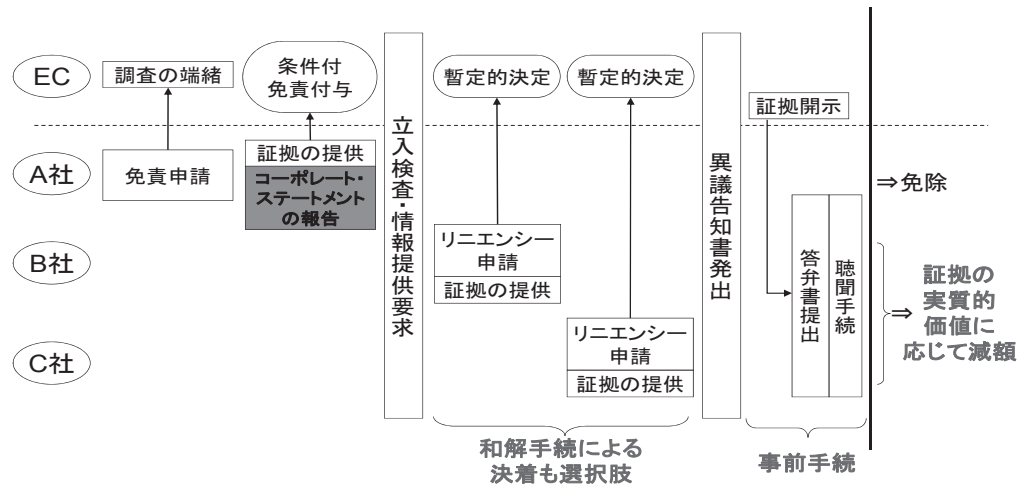
調査に当たり訪問した先は、別紙のとおりである。

調査においては、主にカルテル事件の調査を念頭に置き、①弁護士依頼者間における秘匿特権（Attorney-Client Privilege）がどのような条件の下で保護されているか、当該特権の放棄となるのはどのような場合か、②違反事件の調査、特に役職員個人に対するインタビューの際に、弁護士の立会いを認めるか否か、③役職員個人による供述を当局が録取した書面の内容を当事者（供述者本人又は代理人弁護士）が確認することができるか、④関係者による当局が有する証拠資料へのアクセスの可否及びその手続、等をヒアリングしたほか、その他の競争法違反に関する調査手続についても可能な範囲でヒアリングした。

第2 国際的なカルテル規制

1 欧州の調査手続

<図表 1> 欧州委員会の調査手続の概要（参考例）



欧州委の担当官及び弁護士によれば、欧州委によるカルテル事件の調査は、主として、①違反事業者によるリニエンシー申請、②別件の調査を通じて得た違反に係る情報、③市場の分析、などを端緒として行われる。そのうち最も多いのが、①違反事業者によるリニエンシー申請を端緒として行われる場合である。

そこで、欧州委による調査開始前にリニエンシー申請がなされたことを想定した調査手続の流れの一例を、図表 1 に示す。欧州委による調査開始前に最初に免責の申請をした事業者は、免責申請者たる暫定的な地位（マーカー）の下、欧州委に対して証拠資料の提出や、コーポレート・ステートメント（Corporate Statement）と呼ばれる違反事業者による説明（後記 3（1））のとおり、多くの場合、当該説明は口頭によりなされる）を行う。当該情報が立件に十分であると欧州委が判断した場合、欧州委は当該事業者に対し、条件付きで制裁を免除する旨の決定をする。欧州委は、立入検査（理事会規則 2003 年 1 号¹ 20 条など）や情報提供要求（Request for Information。以下「RFI」という。）を行う。欧州委による調査開始後もリニエンシーの申請は可能であるため（但し、申請の順位及び提供された証拠の価値に応じて制裁金が減額されるものであり、完全な免責は受けられない。）、多くの場合、調査対象となった事業者は欧州委に対してリニエンシー申請を行い、免責申請者と同様に欧州委に対して情報提供を行う。こうしたリニエンシー申請者について、欧州委は、提供された情報の価値等の協力の度合いを考慮し、制裁金を減額する決定をする。欧州委は、調査の結果、違反を認めるに足ると判断した場合には、正式な審査手続を開始し、違反事業者に対しては異議告知書（Statement of Objection）を発出する。

¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

欧州における調査では、後記（２）のとおり、立入検査の際に当局が役職員個人に対してインタビューを実施するか否か、実施する場合にはその手続がどうなっているか等について、ヒアリングを行った。また、弁護士に対しては、後記３（２）のとおり、リニエンシー申請するか否かを決定するための考慮要素についてもヒアリングを行った。さらに、後記３（１）ア、第３の３（１）アのとおり、欧州委において審査手続が開始された後、関係者に対する証拠開示の手続がどのように行われるかについてもヒアリングした。結果は以下のとおりである。

（１）調査の端緒

前記のとおり、典型的な調査の端緒は違反事業者によるリニエンシー申請である。リニエンシー申請に至るケースとしては、①事業者において自発的に内部調査をしていたところ、違反事実を発見し、リニエンシー申請をするケースのほか、②別件について当局から調査を受けたことをきっかけに調査対象事業者が別の商品についても内部調査をしたところ、違反事実を発見し、リニエンシー申請をするケースもある。

また、別の端緒としては、欧州委が、ある商品に関するカルテル事件を調査している中で、別の商品に関するカルテルの事実を発見することもある。

そのほか、欧州委は、調査の端緒として市場分析を挙げている。すなわち、欧州委の担当官は、欧州委は市場を監視・分析しており、カルテルが行われていればそれを発見できるようになっている旨を発言している。担当官はそれ以上の詳細は説明しなかったが、具体的には、各商品の需給動向や各社が供給する商品の値動き等を監視・分析する過程で、人為的な価格上げや下げ止まりなど、各社の行動の不自然な一致を発見し、調査の端緒とするものであると思われる。

（２）立入検査・インタビュー

ア 立入検査の概要

欧州委による立入検査は、原則として任意の手続で行われている。調査開始に先立ち、欧州委は調査権限（Mandate）を取得し、その範囲内で任意の調査協力を求める。欧州委は証拠資料の原本を押収する権限を有していないため、証拠資料はコピーの提出を受けることにより収集する。また、補足的に、役職員個人に対してインタビューを行うこともある。

なお、弁護士からは、個人の住宅を調査する必要がある場合において個人がそれを拒否した場合（個人は典型的に拒否することが多い。）などには、例外的に、各現地の裁判所から令状を取得して強制的な調査をすることもあつたとの発言もあつた。もっとも、同弁護士によれば、立入検査への協力を拒んだ場合には欧州委は当該対応を調査に対する非協力として調査記録に記録してしまい、それは制裁金の算定の際に不利に働くこととなる（理事会規則 2003 年 1 号 23 条 1 項 c 号）ため、基本的には任意で協力に応じることが一般的であるとのことであつた。

イ 立入検査時のインタビュー(理事会規則 2003 年 1 号 20 条 2 項 e 号、委員会規則 2004 年 773 号² 4 条) と弁護士²の立会い

立入検査時に欧州委(または調査に参加する加盟国)の担当官が役職員個人に対して行うインタビューは、書類がどこにあるか、この商品に関する責任者は誰か、特定の従業員のオフィスはどこかなど、証拠の所在等を特定し、調査を促進するために行われるものが典型である。これに対し、弁護士によれば、単に証拠の所在等を確認するのではなく、文書等の内容に関する説明を求めることもあるものの、このようなインタビューは補助的、補足的なものであり、当該文書等が調査に関係するものであるか否かを確認する目的で行われることが一般であるとのことであった。そのため、文書等の内容に関するインタビューは、当該文書等の作成者に対して行うことは必須ではないとのことであった。例えば、文書等作成者自身が当該文書等について説明することにより、他国・他地域において刑事罰を受けるリスクが想定されるような場合には、自己負罪拒否の観点から、当該人物にはあえて供述させず、別の人物に当該文書等に何が書いてあるかについて説明させることがあるとのことであった。

立入検査時のインタビューは、そもそも任意の手続であるため、事業者としてはインタビューに応じる義務を負うものではない。しかし、事業者は、立入検査時のインタビューに応じないことにより非協力とされてしまうおそれがあること(理事会規則 2003 年 1 号 23 条 1 項 d 号)に鑑み、事実上誰かには対応させることが通常である。また、インタビューを受ける個人は、自己負罪に該当するような質問に答える必要はないが、この判断は容易ではない。

こうした状況の下、弁護士の立会いは当然の権利として認められている。弁護士には、①Mandate に記載されていない事柄を対象とする質問や情報の取得を許さないという適正手続を担保する役割、②個人のインタビューに立ち会い、当該個人を安心させるとともに、自己負罪に該当する質問に答える必要はないと指摘する役割、③自身の経験に基づかない回答や意見を求められた場合に回答不要であることを助言する役割、④回答者が質問の意味を正しく理解していない場合などにおいて、質問の意図を明確にすることによりインタビューを促進する役割、などが期待されている。弁護士による調査への立会いは、こうした役割を通じ、インタビューの任意性を高め、適正手続の担保に資することになっており、こうした利点は欧州委の担当官・弁護士の双方が積極的に認めていた。

立入検査時に個人に対して実施されるインタビューについては、調書が作成される。調査対象事業者は、当該調書の写しを受領し、事業者自身や立会弁護士が内容を確認することが可能である(委員会規則 2004 年 773 号 4 条 2 項)。

ウ 弁護士立会いに関する実務

弁護士による調査への立会いについて、その具体的な実務をヒアリングした結果は、以

² Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

下のとおりである。

まず、立会いは、外部弁護士だけでなく、社内弁護士によりなされることもあるとのことであった。例えば、欧州委がブリュッセルのオフィスに立入検査をする場合であれば、ブリュッセルには競争法専門の弁護士が多くいるため、外部の競争法弁護士であっても短時間で臨場し、立ち会うことができる。しかし、そうでない場所で立入検査が行われ、弁護士がすぐに臨場することが難しい場合も多い。そのような場合であっても、欧州委は、適正手続を保障する観点から、できるかぎり外部弁護士が臨場するまで待つということであり、弁護士によれば、数時間程度は待ってもらうことが期待できるとのことであった。しかし、臨場までに長時間を要する場合には、外部弁護士の臨場を待つのではなく、社内弁護士が立ち会う対応をすることもあるとのことであった。社内弁護士は、必ずしも競争法に通じているわけではないため、競争法を専門とする社外弁護士が臨場するまでの間、社外弁護士が電話で社内弁護士に注意事項や必要な対応等について助言するなどして、適切な対応を採らせることもよくあるとのことであった。具体的には、社外弁護士は、社内弁護士に対し、Mandate の記載を詳細にチェックすることや文書等に関する質問に限定し、一般的な質問をさせないことなどを電話で指示し、立入検査開始後は、まず Mandate を送ってもらい、調査の目的・主題が何か、どの製品・サービスが対象かを確認し、それに関連する書類のみを提出するように指示を与える一方で、欧州委の調査には協力するように指示しているとのことであった。

(3) 立入検査時以外のインタビュー（理事会規則 2003 年 1 号 19 条 1 項、委員会規則 2004 年 773 号 3 条）

ヒアリングによれば、立入検査時以外に欧州委によるインタビューが行われることは稀であるとのことであった。すなわち、リニエンシー申請者が、自発的にインタビューを希望することはあり得るとしても、欧州委が呼び出して、インタビューを希望することはまずないとのことであった。また、リニエンシー申請者の役職員個人が調査協力のために自発的にインタビューに応じたい旨を申し出ることもあるが、任意性が担保されていない調書を作成し、その後の手続で任意性を争われてしまえば証拠から排除されてしまうため、任意性を確保するために必ず弁護士を立ち合わせるとのことであった。

(4) RFI（情報提供要求。理事会規則 2003 年 1 号 18 条）

RFI を受領した事業者は、これに回答する義務があり、回答内容に真実が記載していない、回答に不足不備がある場合には制裁金が課されることがある（理事会規則 2003 年 1 号 23 条 1 項 a 号、b 号）。当該事業者が質問に対して誠実に回答していても、それは単に義務を果たしたというに過ぎず、調査への協力が大であるとして制裁金が減額されるということはないとのことであった。

この点は、立入検査時のインタビューや調査開始後の情報提供についても同様であり、リニエンシー申請者であれば、欧州委に対する協力の度合い、特に欧州委の把握していない付加価値のある情報を提供することによって減額の幅が大きくなるということもあり得

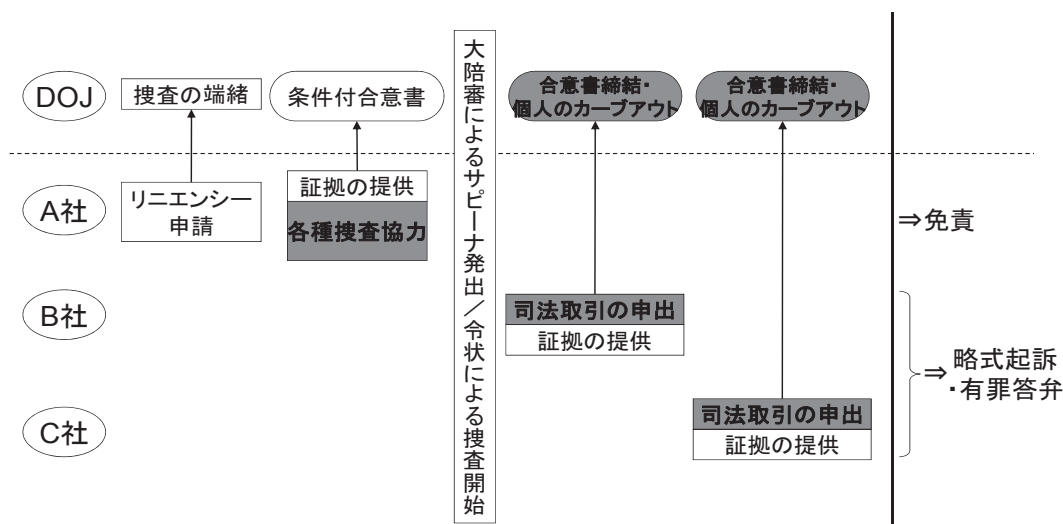
るが、リニエンシーを申請していない事業者が積極的に情報を提供しても、それによって制裁金が減額されるということはないとのことであった。

(5) 加盟国の調査手続

欧州委とは異なり、個人を呼び出して、インタビューする加盟国当局もあるとのことであった。もっとも、そのような当局による調査では、当該個人が刑事責任を問われる可能性について十分な配慮がなされており、インタビューには必ず弁護士が立ち会い、不適切な応答がなされないようにしているとのことであった。

2 米国の捜査・調査手続

<図表 2> 米国司法省 (DOJ) の捜査手続の概要 (参考例)



米国司法省 (以下「DOJ」という。) の担当官及び弁護士によれば、米国におけるカルテル事件の調査 (米国では刑事事件であるため、「捜査」という用語も用いる。) の端緒は、①違反事業者によるリニエンシー (アムネ스티) 申請が多いとのことであり、その他としては、②密告や他国の当局からの情報提供、③別件の調査を通じて得た違反に係る情報、④市場分析、などが挙げられるとのことである。

そこで、最も一般的と考えられる、DOJ による調査開始前にリニエンシー申請がなされたことを想定した調査手続の流れの一例を、図表 2 に示す。捜査は、大陪審³ によるサピーナに基づき情報提供を命じる手法や搜索差押令状に基づき立入りを行う手法により開始され、多くの場合は司法取引により終結する。司法取引が成立しなかった当事者について、DOJ は正式起訴をするか否かを決定する。

³ 大陪審は、市民で構成される合議体であり、被疑者を起訴するか否かを判断する機関である。また、大陪審は、文書提出のサピーナや証人出頭のサピーナを発出する権限を有する。

米国における調査では、後記（２）のとおり、捜査開始前に、第一順位のリニエンシー（アムネスティ）申請者がどのような捜査協力をしているか、それを基にどのような捜査を事前に DOJ が行っているかという点についてヒアリングを行った。また、DOJ による捜査については、後記（３）のとおり、大陪審における尋問のしる手続や、当該手続の利用状況等についてもヒアリングした。さらに、後記４（２）のとおり、会社が DOJ と行う司法取引において、会社の役職員個人の一部を司法取引の対象外とする（DOJ による訴追権が留保される）、いわゆるカーブアウトに関する考え方や、司法取引の交渉の過程で DOJ が証拠資料を示すことがあるか否かについてもヒアリングした。結果は以下のとおりである。

（１）捜査の端緒

前記のとおり、米国においても、リニエンシー申請による場合が、典型的な捜査の端緒であり、過半を占めているとのことであった。その他の端緒としては、密告や他国の当局からの情報提供に加え、欧州委同様、別件調査を通じて端緒を得る場合や、内部的に行っている市場分析を調査の端緒とすることもあるとのことであった。

（２）搜索差押令状

ア DOJ の事前捜査

DOJ は、搜索差押令状やサピーナを取得する前に、リニエンシー申請者から情報を入手する。具体的には、証拠となる文書（電子メールや社内資料など）を得ることに加え、競合他社による関与を直接立証するために、会話内容について秘密録音や通信傍受をしたり、おとりの電子メールを交信する等の手段により、他社による関与を直接裏付ける証拠を入手しようとする。これら情報は、裁判官から搜索差押令状を取得するための証拠となる。

こうした情報入手の手法については、リニエンシーの資格を得るための要件との関係で問題となることがある。一般に、リニエンシーの資格を得るためには違反行為を終了しなければならないとする法域が多く、特に欧州ではそれを厳格に要求するのが常である。そのため、違反行為が米国のみならず欧州にもまたがっている場合には、DOJ としては欧州委に対し、秘密録音等の捜査は違反行為の継続ではなく、協力的行為の一環であると説明することとなる。しかし、欧州委がこのような説明を受け入れるか否かは、カルテルが専ら EU と北米のいずれに関係するのかなどの事情にもよるところであり、都度協議をして決めることになるとのことであった。

イ 搜索差押令状の取得

DOJ は、搜索差押令状を取得することができる状況にある場合には、サピーナにより捜査に着手することはせず、積極的に強制捜査を行うことを考えているとの意見があった。具体的には、次のとおりである。

令状を取得するためには、裁判官に対し、**probable cause**（相当な理由）を疎明する必要があるが、リニエンシー申請者がいる案件では、**probable cause** が疎明できる場合がほとんどである。そして、**probable cause** が疎明できる場合は、DOJ は、基本的にはサピーナによる捜査ではなく、搜索差押令状を取得して強制捜査をするとのことであり、仮に米国全

士で捜査に着手しなければならないような場合であっても、搜索差押令状を取得し、必要な捜査官を用意するとのことであった。

これに対し、probable cause が疎明できない場合にはサピーナを発出して捜査を行うことになるが、サピーナには情報を強制的に提供させる効力があるため、サピーナに基づく捜査手法も強力であるとの意見もあった。

(3) 大陪審捜査（サピーナの発出）・インタビュー

ア 最近の傾向

最近はリニエンシー申請が活用されている上、リニエンシー申請に間に合わなかった事業者についても多くは司法取引により決着が図られている。こうした状況は、捜査の手法にも反映している。大陪審における尋問は、強制力を有する点で捜査側にとってはメリットがあるが、大陪審において尋問するためには当該対象者を免責しなければならないというデメリットもある。リニエンシーの活用や司法取引による事件解決が一般化している状況下では、リニエンシー申請者による任意の協力や有利な条件で司法取引をするため、任意で DOJ によるインタビューに応じる対応が多い。そのため、大陪審における尋問を行う必要性は小さく、実際にカルテル事件においては稀であるとのことであった。

イ 大陪審における証人尋問

大陪審における証人尋問において、弁護士⁴は、尋問中立ち会うことができず、別室に控えており、証人は、数十分から 1 時間に一度程度休憩を取り、その間に、弁護士に対し、どのようなことを聞かれたかを説明することや回答に迷う点について相談することができる。

ウ インタビュー

リニエンシー申請者に対するインタビューなどの任意で行われるインタビューには、弁護士の立会いが認められる。FBI の捜査官が、インタビュー内容についてノートを取っており、この記録（報告書）は内部資料となり、その後の捜査や訴追の要否等の判断に用いられる。当該報告書は、供述内容を捜査官が要約したものであって、供述者が確認したり、署名したりすることは予定されていない。当該報告書は、内部文書であるため、防御側である事業者や個人、代理人弁護士に対して交付されることはなく、記載内容をその場で確認することもできない。もっとも、供述者本人がメモを取ることは制限されていないし、弁護士がインタビューに立ち会い、質疑応答の内容についてメモをとっているのが通常であるから、不都合はない。なお、弁護士が作成したメモは、弁護士依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という。）の対象となる。

⁴ 当該尋問対象者の置かれた立場・状況により、刑事責任のおそれがなければ会社の弁護士がつくこともありうると思われるが、個人の弁護士がつくことも多いと思われる。

3 リニエンシー申請手続／当局間の協力・連携

(1) リニエンシー

ア 欧州委に対するリニエンシー申請の手続

欧州委に対するリニエンシー申請は、**Corporate Statement** による報告が原則である。すなわち、申請者は、**Corporate Statement** によって事実関係を報告し、証拠文書等の物証、特に **contemporaneous document**（当時作成された文書）を提出し、その内容を **Corporate Statement** により説明する。

この **Corporate Statement** による報告は、民事訴訟のディスカバリにおける文書提出義務の対象としないようにする観点から、口頭により報告されることが通常である。具体的には、欧州委のオフィス内で、代理人の弁護士が口頭で説明、報告し、その内容を録音するという形で行われる。欧州委は、その **transcript**（書き下し）を作成するが、それは事業者や代理人弁護士から欧州委に提出されたものではない。こうすることにより、民事訴訟において、原告から報告した当事者（違反事業者）に対してディスカバリの要求があっても、**Corporate Statement** は（少なくとも当該事業者から第三者に開示された文書の形では）存在しないから、開示義務から免れるとのことであった。

但し、異議告知書が発出され、証拠開示の手続（理事会規則 2003 年 1 号 27 条 2 項、委員会規則 2004 年 773 号 15 条、16 条）に付された際には、口頭報告による **Corporate Statement** の内容も証拠開示の対象となる。口頭報告の内容については、**transcript** が開示されるのではなく、録音体で開示される。録音体の開示を求める関係者は、欧州委において録音体を聞き、それぞれが書きとめることになる。

違法行為を認定するためには **contemporaneous document** が重要であり、これを提出することができないとリニエンシーを最終的に得ることが難しい。弁護士によれば、欧州委が特に求めるものは、会議のときにその場で書かれた個人のメモやノートであるとのことであり、実際、欧州委としても **contemporaneous documents** の証拠価値が高く、評価の対象としているという姿勢を明らかにしている。

リニエンシーの適用を受けることができるか否かの要件・判断基準は、立入検査の前と後とで異なる。立入検査前の申請者に関しては、ターゲットとなる書類や出来事に関する **Corporate Statement** などを欧州委の要求に合わせて提出すればよく、要求は厳しいものではあるが、比較的容易に要求を満たすことはできる。これに対し、立入検査後は、大きな付加価値を有する証拠（**significant added value**）を提供することが必要である。

このように、欧州委は、個人による供述を重視する米国司法省とは異なって事業者としての報告を重視しており、個人の供述を求めることは稀であり、証拠文書等の物証を重視している点が特徴的である。

イ DOJ に対するリニエンシー申請の手続

DOJ に対するリニエンシー申請も、民事訴訟におけるディスカバリによる文書提出義務とならないよう、口頭陳述の方法により行われる。

事業者による報告や証拠文書を重視する欧州委とは対照的に、DOJ は、個人のインタビューを重視している。たしかに、証拠文書等の物証も重視しているが、Corporate Statement のような事業者による報告ではなく、誰がどのようなことを言ったかなどに関する個人による供述を重視している。

したがって、申請者の従業員に対するインタビューの機会は、欧州委と比べて格段に多い。DOJ による個人に対するインタビューには、弁護士の立会いが認められている。弁護士がその場でメモを取り、また、答えるべきでない内容について指摘することもできるが、前記2（3）ウのとおり、FBI の捜査官によるメモ・報告書の内容を確認することはできない。

（2）リニエンシーを申請するか否かの判断

ア リニエンシーを申請するか否かに関する判断要素

事業者が内部調査等においてカルテルであると認めるに足る事実を発見した場合に、リニエンシー申請をするか否かをどのような要素を考慮して判断しているかについて、弁護士に対してヒアリングした。

欧米ともに、基本的には全ての弁護士がリニエンシー申請をすることのメリットとデメリットとの比較衡量により判断すると回答し、メリットとしては制裁の減免を挙げていた。これに対し、デメリット（反対利益）に相当するものとしては、カルテル違反の発覚の可能性の大小、申請が引き金となって民事訴訟（損害賠償請求訴訟）が提起される可能性の大小及び想定される損害賠償額、リニエンシー申請手続に要する人的物的コスト等が挙げられた。加えて、欧州の弁護士には、リニエンシー申請をして欧州委の調査に協力したとしても、最終的に制裁が減免されるか否かが確実ではないとして、不確実性や期待される軽減の大小を反対利益として挙げる弁護士もいた。

以上のとおり、欧米では、リニエンシー申請をするか否かは経営判断であり、前記のような諸要素を考慮して判断すべきものという意見が支配的であったが、その一方で、違反事実を発見した場合には基本的にはリニエンシー申請をすべきであるとの意見を述べる弁護士が多かった。

なお、米国ではリニエンシー（アムネスティ）の資格が得られるのは1者のみであり、それ以外の事業者・個人は司法取引による制裁の軽減を図ることが通常である。司法取引を有利に進めるための方策として、DOJ の状況を把握し、DOJ の心証に影響を及ぼすことができるようにすることが司法取引を有利に進めるために重要であるとして、DOJ に早くコンタクトし、協力する方針を明確にすべきであるとの意見もあった。

イ 代表訴訟との関係

日本においては、リニエンシー申請をしなかった（遅れたためにできなかった）ことが理由で株主代表訴訟が提起される例がある。そこで、株主代表訴訟により役員責任が追及されるリスクを、リニエンシー申請するか否かを判断する際に考慮するかについてもヒアリングした。これに対しては、欧米では、そのような株主代表訴訟はそれほど活発に行わ

れているわけではなく、特に欧州では株主代表訴訟が行われていることはあまりなく、その判断に影響を及ぼすことはないとの回答が支配的であった。米国についても、代表訴訟のリスクについて考慮に値する旨を述べる弁護士はいたが、日本と比較して現実的なリスクとまでは捉えていないという意見が支配的であった。

ウ 申請国の検討・選定

リニエンシー申請をするに際しては、1国だけではなく、その他の違反行為が関係する国においても同時に手続をすることが通常である。なぜなら、ひとたび当局が調査を開始すれば、他国においても調査が行われることが珍しくなく、また、自己がリニエンシー申請をしていなくても他社が申請をする可能性があるため、リニエンシー申請をしなかったことにより免責を受けられなくなるリスクを回避する必要があるからである。

ここで問題となるのは、どの国の当局に対して行うかである。その検討の際には、違反行為がどの国・地域の市場に影響しているかや、制裁の大きさ、特に欧州連合の加盟国の一部や米国においては刑事罰が科される可能性があることを考慮する必要がある。

(3) 当局間の協力、連携

ア 当局間における情報交換の枠組み

国際カルテルについて、情報交換を密に行っていることは、いずれの当局も認めていた。そして、これを可能にする枠組みとしては、二国間の協力協定⁵に基づく情報交換が基本である。

また、欧州連合の当局であれば、各加盟国の競争当局により構成される European Competition Network (以下「ECN」という。)に参加している当局間では、情報交換が密に行われている(理事会規則 2003 年 1 号 11 条、12 条)。もともと、ECN においても、踏み込んだ情報交換を行うことは難しい。

そのため、競争当局間でのより踏み込んだ情報交換を可能にするため、当事者・違反者から情報交換をするための waiver (情報交換に関する同意) を要請し、これを取得しているとのことであった。例えば、国際カルテルの場合には、欧州域内の事務所を立入検査しても取得できない情報が域外にある場合がよくあり、そのような情報に関しては、当該資料のある地域の当局と情報交換をしながら、証拠を固めていくことが必要になる。そのため、リニエンシー申請者から waiver を取得し、当該国の当局と情報交換して、一齐に立入検査することによって証拠を押さえていくということを重要視している。したがって、リニエンシー申請をした事業者に対しては、ほぼ確実に waiver を要請しているとのことであった。

イ 情報交換の対象・内容

欧米各当局によると、当局間の情報交換においては、基本的には文書そのものを交換することはないとのことであった。その代わりに、リニエンシーを申請している事業者等を

⁵ 例えば、「反競争的行為に係る協力に関する日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の協定」、「反競争的行為に係る協力に関する日本国政府と欧州共同体との間の協定」などが挙げられる。

通じて、自発的にそれぞれの当局に対して同じ文書等を提出させることにより文書等を取得するとのことであった。

情報交換をする際には、特にカルテルに対して刑事制裁を有する国の当局との情報交換については適正手続の観点から特段の注意を払っているとのことであった。すなわち、例えば、行政調査という形で個人から供述を得た当局が、当該供述を米国司法省に対して伝え、当該個人については黙秘権等が保障されないまま刑事罰のリスクを高めてしまうことにつながるおそれがあるため、そうしたことにならないよう、情報交換の際には配慮しているとのことであった。

4 制裁・二重制裁の回避

制裁に関しては、大きく分けて当局による制裁と民事訴訟があるところ、制裁の具体的な内容や、各当局による制裁が重なってしまうという多重制裁を回避するような考慮を各当局がしているかについて、ヒアリングを行った。

(1) 欧州の制裁

ア 当局による制裁とリニエンシー申請

欧州における当局の制裁は、欧州委による制裁と加盟国当局による制裁という二本立てである。欧州委は刑事制裁を加える権限は有しておらず、行政制裁を課すのみである。これに対し、加盟国の中には、英国など刑事罰を有する国もある。

このように、欧州における当局の制裁が多重的であることを受け、欧州においてリニエンシー申請をするという場合に、欧州委に対してリニエンシー申請をするだけでなく、同時に、加盟国当局に対してもリニエンシー申請を併せてすることがある。加盟国当局に対して別個に申請するメリットは、加盟国の中には刑事罰を科す国があり、刑事罰に関しては欧州委に対するリニエンシーではカバーされないということが挙げられる。また、もう一つのメリットとしては、欧州委が、ある地理的範囲についてのみ違反を認めるといような限定的立件をした場合や、そもそも立件しないと判断した場合において、立件されなかった加盟国のうち競争上の悪影響があると考える加盟国当局については自ら調査することが可能であるため、当該加盟国当局による制裁を回避することも挙げられる。

イ 欧州委による制裁金の算定

欧州による制裁金は、理事会規則 2003 年 1 号 23 条 2 項 a 号に基づき課される制裁金の算定方法に関するガイドライン⁶（制裁金算定ガイドライン）に従い算定される。そして、異議告知書の段階では、制裁金がどのような要素をどのように考慮して算定されるかに関する考え方は示されるが、金額は明示されない。

欧州委は、異議告知書の段階や和解手続において、制裁金額について交渉していくことはないと述べた。しかし、弁護士によれば、交渉ではないとしつつも、どの部分が違反に

⁶ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003.

該当するかなどについては欧州委との間で一定の協議が行われているため、当該協議の結果は制裁金の額にも影響するとのことであった。

ウ 和解手続

欧州委の和解手続は、米国の司法取引とは異なり、手続の迅速化・効率化、事件の早期解決を狙ったものである。事件処理を和解手続にのせるか否かは欧州委に裁量があり、和解が成立する場合には、リニエンシーによる減額とは別に制裁金の10%が減額され得る。

エ リニエンシー申請者が受ける制裁の減輕

欧州委によれば、2011年に公表されたカルテル事件について、リニエンシー申請事業者が得た制裁金の減額幅は、平均すれば10%程度であるとのことであった。

(2) 米国の制裁

ア 量刑ガイドラインと司法取引

米国におけるカルテルに対する制裁は、刑事罰である。量刑ガイドラインは、あくまで枠組みを示すものにすぎず、司法取引によって、罰金額が決定される。

また、罰金額だけではなく、個人がカーブアウトされるのか、訴追されるのか、さらにどこの刑務所に入るのか、そのような点についても司法取引の交渉の中で決定される。

イ 個人のカーブアウト

カルテル事件について司法取引がされる際には、近時は例外なく一定の個人が司法取引の対象から外れ（カーブアウトされ）、司法省は訴追権を留保することになるとのことであった。カルテルの会合の参加者は必ずカーブアウトの対象となり、その上司についてカーブアウトされることを避けることができるか否かは交渉によるため、カーブアウトの範囲を狭くするためには司法省に早期にアプローチし、捜査に協力しつつ交渉することが重要であるという弁護士の意見もあった。

カーブアウトされた人物については、DOJは必ず起訴するわけではなく、カーブアウトされた人物はその立場からすると起訴されてもやむを得ないという立場にあるということであり、起訴するために十分な証拠があるというわけではない。実際、カーブアウトされたものの司法省が訴追していない個人は多数存在するとのことであった。

ウ 個人の司法取引

個人が訴追の対象となる場合に重要なのは、刑務所である。経済犯罪の違反者は、一般に、悪くない刑務所に収容されるとのことであったが、司法取引の中で更にそれを交渉していくという余地があるとのことであった。

(3) 民事訴訟

ア 欧米における民事訴訟の概要

当局による制裁の他に、損害賠償請求訴訟が提起されることがある。

欧州では、欧州委など競争当局による違反行為の認定がまず行われ、その後に損害賠償請求訴訟が提起されるのが通常の流れとのことであった。欧州委による違反の認定は、加盟国における損害賠償請求訴訟において裁判所を拘束することがある。加盟国の中には損

害賠償請求訴訟が活発な国もあるが、各加盟国で要件などが異なり、全体としてみると、米国ほど損害賠償請求訴訟は活発ではないとのことであった。

これに対し、米国では、カルテルにより被った損害の賠償請求をすることは当然であると考えられているとのことであった。弁護士もこれを一つのビジネスだと考えており、カルテル違反があるという情報が伝わると、その刑事手続の結果を待たずに集団訴訟が提起されることもある。活発な損害賠償請求訴訟を支えているのが集団訴訟の制度である。米国の損害賠償請求訴訟は、和解で終わることが多く、陪審の評決で認められた金額が和解で先に脱退した当事者により支払われた金額を下回るというケースもあり得るが、基本的には損害賠償責任は連帯責任であり、求償権も認められず、3倍額賠償であるため、他の違反当事者が先に和解した場合、最後まで残った当事者は非常に高額の賠償金を支払わなければならないリスクが存在するため、和解により終結することが通常であるとのことであった。

イ ディスカバリの要求が及ぶ地理的範囲

これまで報告してきたとおり、当局に対する情報提供の際には民事訴訟におけるディスカバリのリスクを回避することが重要であり、そのためには秘匿特権を維持することが重要である。

秘匿特権については後述するが、ディスカバリの効力が域外の文書等に及びうるかについてもヒアリングを行った。

ディスカバリの要求に応じる必要があるか否かは裁判所の判断にかかっており、裁判所のディスカバリ命令にもかかわらず、この命令に違反したときは、制裁を受ける。制裁のうち最も重いものは、当該証拠が提出されなくても当該証拠により立証しようとする事実が認められてしまうというものである(連邦民事訴訟規則⁷37条b項2号A)。したがって、そのような制裁のおそれを回避するためには、裁判所が命じた場合には、域外の文書等であっても提出しなくてはならないとのことであった。

但し、こうした対応については、域外の文書等に関しては、刑事手続などで任意に域内(DOJなど)に文書等を提出していれば別であるが、DOJへ提出しておらず、純粹に域外に所在し一度も域内に存在したことの無い文書等に関してはディスカバリの効力は及ばない、裁判所にもそれを訴えていくことが重要であるという意見もあった。

(4) 二重制裁の回避

前記3(3)のとおり、当局間において情報交換は行われており、どの当局がどのような調査の段階で、どのようなエンフォースをしようとしているかについての情報交換も行われている。しかし、欧米当局は、ともに、他国・他地域で制裁を受けたという事情は、当事国の制裁の算定に当たって基本的には考慮しないとのことであった。例えば、欧州委によると、DOJが、ある事業者に対して、過酷な制裁を科していたとしても、それにより

⁷ Federal Rules of Civil Procedure.

欧州の競争秩序が回復されることを意味するものではないため、欧州委は、欧州における競争への悪影響を回避し競争秩序を回復していくという観点から、欧州固有の状況を検討し、欧州域内に影響があり、制裁を加える必要があると判断をした場合には、制裁を課すとのことであった。

この点、自国・自地域への影響を考慮した結果、より直接的影響のある国・地域の当局が積極的に調査をしており、自国・自地域にはあまり影響がないという場合は、制裁を課さないという判断もあり得るようであったが、当事国の制裁の算定に当たって、他国・他地域で制裁を受けたという事情は、原則として、考慮されないとのことであった。

(5) 証明度

本研究会ヒアリングにおいて議論となり、当局や弁護士に確認を求めたものとして、違反を認定するための立証の程度の相違がある。

これについては、必ずしも明確な回答を得ることができなかったが、まとめると次のとおりであると思われた。行政手続を行う欧州委も、刑事手続を行う司法省も、合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証ができる水準に達する程度の証拠を収集していることが多いと思われる。今日、それを支えるものとしては、当局間の情報交換とそれに基づく違反事業者に対する調査が挙げられる。理論上は、立証のハードルが高いと思われる DOJ と、刑事手続ほどの厳格な立証が求められていない欧州委との間では、必要な証拠の質・量ともに異なりうるものの、これら当局が情報交換をすれば、自ずと証拠の質・量は均質化してくると思われる。但し、同じ質・量の証拠を有していたとしても、各当局がいかなる制裁を課すか、あるいは課さないという判断をするかは、各当局の裁量によるため、結論は区々となる。

第3 行政調査手続の見直し

＜図表3＞ 各国の調査手続の比較

	米国 (DOJ)	欧州 (欧州委)	日本 (公取委)
秘匿特権	○	○	×
提出すべき証拠	写し	写し	原本が原則
供述録取における 弁護士立会い	○ ・大陪審の尋問では不可 ・調書の確認は不可	○ ・供述録取は稀 ・調書の確認も可	×
証拠の閲覧謄写	△ ・公判前は DOJ に裁量 ・公判では全面開示	○	△ ・事前手続での開示に つき、公取委に裁量

公取委が行う行政調査手続の見直しに関しては、①秘匿特権、②供述録取時における弁護士立会い、③証拠物の取扱い（当局の手持ち資料の開示等）といった論点があるところ、これを整理したものが、図表3である。以下では、これら論点についてヒアリングを実施した結果を報告する。

1 欧米における秘匿特権

(1) 秘匿特権の根拠及び重要性

ア 秘匿特権の根拠

欧米ともに秘匿特権は当然の権利として認められている。もっとも、基本的人権に由来するものであるため、反トラスト法、競争法の手続に特有のものではない。そして、各国・地域の背景事情が異なることから、秘匿特権が認められる要件、内容が各国・地域によって異なる。

イ 秘匿特権の重要性

秘匿特権の制度が、真実を追求する障害になることもあるが、秘匿特権が認められていることにより、弁護士は、依頼人に適切なアドバイスをすることができ、違反行為が中止されることにつながるというメリットがある。弁護士が、事業者のすべての資料にアクセスし、違反の有無を確認することができ、リニエンシー申請をすべきか否かアドバイスできる。そして、このアドバイスが秘匿特権の対象となるという点も重要である。こうしたメリットは、弁護士のみならず、DOJも挙げていた。

このように、秘匿特権が認められていなければ、弁護士に対し相談をすることができず、違法適法の判断をすることができないままリニエンシーの申請も行われなくなってしまう

可能性がある。DOJ と弁護士の間が、秘匿特権が認められていることにより、適切な内部調査などを通じて法律遵守が促進されることを述べていたことは印象的であった。

(2) 異議申立手続

ア 秘匿特権の要件

秘匿特権の対象となるか否かについては、まず、形式的に弁護士事務所から発信されたものであるか、弁護士事務所宛てに送付されたものかを確認する。文書等には **privileged & confidential (product seeking legal advice)** といった文言が書いてあるのが通常であるが、表示だけで自動的に認められるわけではなく、弁護士からアドバイスを求めるものか否かという中身で判断される。弁護士が cc (写し) で入っていればよいというわけではない。

また、電子データについてのコピーを取得する場合の問題として、秘匿特権の対象となるものが含まれているということがある。事前にすべてチェックすることは事実上困難ではあるが、できるかぎり立入検査・搜索差押えの際に、データ検索を行い、当局が取得する前に除外するなどの対応をすることが必要になる。

イ 秘匿特権の有無に争いがある場合

欧米ともに、秘匿特権の保護は当局にとっても重要である。秘匿特権の保護対象となる文書等を当局が違反の証拠として用いたことが明らかとなった場合には、当該証拠が排除されるのみならず、適正手続違反を理由に敗訴することさえ考えられる。そのため、欧米では、秘匿特権を尊重するための手続、すなわち、秘匿特権対象文書等が証拠に紛れ込まないようにチェックする手続、秘匿特権の対象であるか否かを確認する手続がある。

秘匿特権の対象となるか否かで争いになる場合について、DOJ による捜査を例に挙げると、次のとおりである。まず、捜査対象事業者が、ある文書等が秘匿特権の対象文書等であると主張する。すると、DOJ は、そのような文書等を、封筒ないしデータベースに入れるなどし、秘匿特権の対象となるか否かを判断する DOJ の別の部署の担当者のみが閲覧できるようにする。当該別の部署の担当者は、文書等を確認した結果、秘匿特権の対象であると判断した文書等は事業者に返還し、秘匿特権の対象ではないと判断した文書等は、捜査担当部署に交付する。その判断に異議がある場合には、裁判所に対する異議申立ての手続も整備されている。欧州委においても基本的に同様の手続がある。

このように、調査ないし捜査をする部署が当該文書等に目を通す前に、対象事業者に主張の機会を与え、その部署とは異なる部署が、秘匿特権の対象となるか否かを判断している。

(3) 秘匿特権の放棄

秘匿特権の対象となるコミュニケーションを第三者に開示すると、秘匿特権を放棄したと判断される。

日本のように秘匿特権が認められていない国において、当局に対し、米国で秘匿特権の対象となる文書等を提出すると、第三者に開示したとして、秘匿特権が放棄されたと判断されるかについては、秘匿特権の放棄に関して判例実務が確定・確立されているわけではなく、議論の余地があるとのことであった。すなわち、当局に提出された文書等は、第三

者に開示されたといえることから、秘匿特権は放棄されたものとも考えることもできる。これに対して、当局に提出された文書等は、提出先が当局であり、不提出に対しては一定の制裁等が課されうるという意味で強制性が認められ、事業者が自発的に提出したものではないといえるとして、秘匿特権は保持されると考えることもできる。これについては、弁護士の間でもどちらの考え・可能性もありうるとして、明確な回答は得られなかった。なお、自発的に開示したものと同視できると評価されるか否かの判断要素としては、当局に対してどれだけ抵抗したか、数や範囲を限定する努力をしたかなどが考えられるとのことであった。

秘匿特権の放棄が認められた場合のリスクの大きさに鑑みれば、当局に対する文書等の提出については、事業者が自発的に開示したものではないため秘匿特権は保持されると裁判所が判断する可能性は期待できるものの、第三者に提出されているという事実は軽視できないとも考えられる。

2 欧米における弁護士の立会い

(1) 弁護士の立会い

欧米においては、刑事捜査であっても行政調査であっても、個人に対するインタビューの際には弁護士の立会いは認められている。

なお、日本と欧州では立ち会う弁護士は事業者の弁護士をいうが、米国の場合は刑事手続であり、事業者と個人との利害が相反することもあり、その場合は、事業者と個人がそれぞれ弁護士を選任して、それぞれのインタビューに立ち会うことが大前提である。

(2) 弁護士の立会いから導かれる利点

弁護士の立会いは、欧米各当局にとってもメリットがあると理解されていた。例えば、当局として、アンフェア、デュープロセスを踏んでいないという批判を避けるためだけではなく、弁護士が、的確でない質問の趣旨を補足する、的確でない回答のサポートをする、答えていいか迷う質問に対してアドバイスすることなどを通じて、調査ないし捜査が長引くことを回避できる。欧米各当局とも、弁護士の助言があることにより、効率的、効果的なインタビューができることを積極的に認める発言があった。

また、弁護士からは、弁護士は当局に対し協力的であり、その事業者や個人について把握しているため、事実の解明を補助する役割を果たすという意見もあった。

(3) 立ち会う弁護士の関わり方

行政手続である欧州と刑事手続である米国とでは、立会いに当たって弁護士に要求される役割は若干異なると思われる面もあった。

ア 欧州

欧州委からは、弁護士に対し、答えていいか迷う質問に対してアドバイスするという後押しする役割を期待している旨の回答があった。これに対し、弁護士からは、Mandate 外の質問であるため回答する必要はない、自らを不利にする可能性があるため回答する必要

はないなどというように積極的に介入していくという役割を果たしている旨の回答があった。

このように、欧州委は、効率的、効果的なヒアリングのための補助、真実発見のための協力というスタンスの関わり方を弁護士に求めているのに対し、弁護士としては、できるかぎり依頼者の権利保護の観点から介入していく役割を望んでいるという印象を受けた。

イ 米国

米国では、刑事罰があり、また、弁護士も、事業者の弁護士なのか個人の弁護士なのか、調査の段階や個人のステータスに応じて選任される。弁護士の役割としては、当該依頼者の刑事弁護のため、積極的なサポートが期待されており、これについては DOJ の意見も弁護士の意見も合致している印象を受けた。

ウ 立ち会う弁護士の役割

立ち会う弁護士の役割としては、①立ち会うだけで黙っている関わり方、②相談されたときに回答する関わり方、さらに一步進んで③誤導であると指摘したり、積極的に発言の方向性を修正する関わり方など、様々なものが考えられるが、欧米の弁護士は、いずれも、その専門性と職業倫理に基づき、インタビューを効果的・効率的に実施し、その信用性を高めるための工夫をしている。

例えば、ある商品に関するカルテル事件において、主要な役割を果たしていなかったために、事情がよく分かっていない事業者は、主要な役割を果たした事業者とは異なり、情報量が少ないことがある。このような事業者の従業員が、当局から呼出しを受けて、インタビューが行われる際は、弁護士には、当該従業員の理解が不確かなまま不正確な回答をしたりしないよう補助し、適切な防御に役立つことが求められる。また、事業者と当局との間で、対象製品、取引の範囲、地理的範囲、期間などについて争いがあるときも、適切な防御を行うために、弁護士の立会いが重要であると考えられる。

3 欧米当局の手持ち資料の開示

(1) 欧州委の手持ち資料の開示

ア 概要

欧州委では、異議告知書発出後、営業秘密等を除くすべての手持ち資料にアクセスできる。そして、通常は DVD の交付を受ける。また、欧州委に対し、口頭報告された資料についても、前記第2の3(1)アのとおり、録音体にアクセスすることができる。

営業秘密を保護するために、資料は公開版と非公開版が作成され、欧州委に提出されている。そのため、情報提供者は、営業情報についてはマスクをして、非公開版を提出し、口頭資料についても、秘密部分を除いて、再度読み上げて提出している。

イ 和解手続における証拠開示

和解手続の場合は、証拠へのアクセスは限定される。すなわち、欧州委は、開示資料について最も関連するものに限定するなど、開示資料を選択することができる。もっとも、

事業者は、補足的・追加的な証拠へのアクセス（supplementary access）を要求することができる。

（２）米国当局の手持ち資料の開示

米国に関しては、刑事手続では公判後に証拠開示されるが、公判前や行政手続の調査段階において開示されることは極めて限定的である。これは、捜査、調査に係る資料の情報源秘匿、公務員としての秘密保持義務との関係から、簡単には開示できないという事情があるとのことであった。

DOJ としては、司法取引をするときに、手持ちの札を簡単に見せると交渉が成り立たないという部分もあるので、戦術的な観点から開示を絞るということもあるということのようであり、情報は開示されるが、証拠自体が開示されることは限定的である。

一方で、企業結合に関しては、米国連邦取引委員会、DOJ いずれも行政調査の形で行われていくが、開示によるデメリットがあまりないため、比較的積極的に証拠開示しているとのことであった。

別紙

調 査 先

【欧 州】

(敬称略・法律事務所はアルファベット順)

欧州委競争総局 (Jürgen Schindler 弁護士 (Allen & Overy) 同席)	Cecilio Madero Villarejo (Deputy Director General, Antitrust) Eric Van Ginderachter (Director Cartels) Sari Suurnäkki (Deputy Head of Unit Cartels) Jindrich Kloub (Case Handler) Dag Johansson (Policy Co-ordinator International Relations)
ALLEN & OVERY	Michael Reynolds Dirk Arts Jürgen Schindler
JONES DAY	Bernard Amory Francesca Marchini
SLAUGHTER AND MAY (及びその Best Friend Firms)	John Boyce (SLAUGHTER AND MAY) Ingrid Lauwers (Competition Professional Support Lawyer, SLAUGHTER AND MAY) Alf-Henril Bischke (Hengeler Mueller) Markus Röhrig (Hengeler Mueller) Marc Pittie (Bredin Prat) Edurne Navarro Varona (Uría Menéndez) Bettina Volpi (Bonelli Erede Pappalardo)
VAN BAEL & BELLIS	Kris Van Hove Richard Burton
WHITE & CASE	Ian Forrester Axel Schulz Stratigoula Sakelloariou

【米 国】

(敬称略・法律事務所はアルファベット順)

<p>U.S. Department of Justice (米国司法省)</p>	<p>Rachel C. Brandenburger (Special Advisor,International) J. Robert Kramer II (General Counsel) Marvin Price (Director, Criminal Enforcement) Edward T. Hand (Chief, Foreign Commerce Section)</p>
<p>Federal Trade Commission (米国連邦取引委員会)</p>	<p>Willard K. Tom (General Counsel) Dina Kallay (Counsel for Intellectual Property & International Antitrust) Paul O'Brien (Counsel for Internatinal Affairs) Joseph Brownman (Bureau of Competition)</p>
<p>ALLEN & OVERY</p>	<p>John Terzaken M. Elaine Johnston Pieter Huizing</p>
<p>ARNOLD & PORTER</p>	<p>William J. Baer (現司法省反トラスト局長) Deborah L. Feinstein James W. Cooper</p>
<p>JONES DAY</p>	<p>J. Bruce McDonald David P. Wales</p>

第 II 部 研究主幹報告

現在における独占禁止法に関する主要な課題

村上 政博

第1章 本報告の概要と趣旨

法律改正により行政審判を廃止して直接裁判所に提訴する取消訴訟方式に移行することと非裁量型課徴金から裁量型課徴金に移行すること、解釈論により国際標準の競争法体系を確立して行為類型ごとの単一ルールからなる競争ルールに移行することは、独占禁止法を国際標準の競争法に合致させるために不可欠な見直しである。このうち、行政審判の廃止については理論上解決済みであって改正法案を一刻も早く成立させることである。残っている裁量型課徴金への移行と国際標準の基本体系・競争ルールへの移行についても一刻も早い実現が望ましい。

近年顕著な国際的なカルテルへの重罰化の傾向は、基本的に米国反トラスト法、EU 競争法の法執行であって、日本が直接影響を及ぼすことができるものでもない。したがって、日本企業は、関連知識と最新動向を正確に理解、把握して、いかに対応していくべきかを検討すべきである。

また、行政調査の見直しについては、国際標準な行政調査を想定して議論することはできないテーマであるため、個別検討項目ごとに、日本の現行制度・運用の問題点、先進国の運用実態、他の国内調査手続との差異などを分析して、独占禁止法のあるべき行政調査を探って結論を導かざるを得ない。

したがって、本報告書は、国際標準の競争法に向けての、裁量型課徴金の創設についての政策提言、国際標準の競争法体系、競争ルールを確立するための解釈論の課題、弁護士依頼者秘匿特権、手持ち証拠の開示、供述録取への弁護士立会いという 3 項目についての独占禁止法の行政調査の見直し、日本企業が国際的なカルテルへの重罰化に対応するための取り組みとしてのリニエンシー制度の活用とカルテルに特化したコンプライアンス体制の構築によって構成される。

なお、これだけ広範なテーマについて短期間の研究会で十分に議論することはできず、また意見の集約も容易ではないことから、本報告は研究主幹がこれまでの研究活動の蓄積も加味して個人的責任で取りまとめたものである。

第2章 残る立法論、解釈論上の課題

第1 国際標準の競争法へ

独占禁止法に課せられた使命は、米国反トラスト法、EU 競争法などとともに先進国間の共通事業活動ルールとしての競争ルール確立の一翼を担っていくとともに、アジア諸国でもすでに国際標準の競争法制が制定されているのであって、そこでの共通事業活動ルールとしての確固たる競争ルール (sound competition rule) を普及、確立していくことになる。また、このことは今後の日本経済の発展のためにも望ましいものである。そのためにも、日本の独占禁止法ができる限り速やかに国際標準の競争法¹ となる必要がある。

独占禁止法は、平成 17 (2005) 年、平成 21 (2009) 年改正等を経て急速に国際標準の競争法へと移行してきた。現時点で残る主要課題は、法律改正による行政審判の廃止と裁量型課徴金の導入、解釈論による国際標準の競争法体系への移行の 3 点である。これらは国際標準の競争法に合致させるという観点から明白に望ましい。

行政審判の廃止については、裁判所に直接提訴する方式を採用する改正法案を速やかに成立させることである。

行政審判維持派は、専門性の高い事案である企業結合事件こそ行政審判にふさわしい手続であると主張してきた。しかし、平成 21 年の事前届出制の全面的な整備と平成 23 年の企業結合審査の見直しにより、事前規制である企業結合審査では基本的に行政調査段階で終了するのであって、裁判所での取消訴訟や公取委の審判手続で延々と争われるわけではないことが明らかになっている。このことは、行政審判は企業結合事件の処理のために相当な手続であることから残すべきであるという論拠を失わせるものである。

第2 非裁量型課徴金から裁量型課徴金へ

1 はじめに

排除型私的独占、優越的地位の濫用などを課徴金の対象行為とした、平成 21 (2009) 年改正から 3 年間の経過した。3 年間の施行期間を経て、その問題点も明らかになってきている。その解決策は、規制類型・行為類型ごとの課徴金額水準の見直し、個別事例に対応して妥当な課徴金額算定のための運用基準の作成など、いずれにせよ裁量型課徴金の導入から始まることも明白である。

2 現行課徴金の法的性格—行政上の制裁へ

平成 17 年改正後の課徴金は、カルテルについて、不当利得を上回る金員の納付を命じる

¹ 実体法に関して、国際標準の競争法とは、単独行為規制、共同行為規制、企業結合規制（以上を三大規制という）、および各国固有の規制に分類するという基本体系をもち、判例法によって形成される行為類型ごとの単一ルールという競争ルールを確立するものをいう。この国際標準の競争法は、米国反トラスト法、EU 競争法、アジア諸国の競争法など世界の競争法に共通のものとなる。

こととし、累犯加算、早期離脱減算を設けて、課徴金減免制度を伴っているため、不当な取引制限等に対して行政上の制裁を課して、違反抑止を図る目的で設けられたものである。この時点で、独占禁止法上の課徴金の法的性格は、不当利得の剥奪から行政上の制裁へ変更された。

さらに、平成 21 年改正において、刑事罰による違反抑止が事実上想定されない排除型私的独占の禁止と刑事罰が存在しない優越的地位の濫用の禁止を、その意味で行政制裁の対象として本命であった、この二つを課徴金の対象行為に追加した。

したがって、現行課徴金は、明確に不当利得を上回る金員の納付を命じることとし、累犯加算、主導的役割加算、早期離脱減算を設けて課徴金減免制度を伴っているため、不当な取引制限等に対して行政上の制裁を課して、違反抑止を図る目的で設けられたものであり、その法的性格は行政上の制裁である²。

3 制裁の本質に反する制度

現行課徴金は、事業者に対する課徴金、事業者団体に対する課徴金に共通に、当該違反行為に応じて、違反抑止のために適切な制裁金額の納付を命じるという制裁金の本質、すなわち行政上の制裁の性格・趣旨に反しているため、必然的にさまざまな弊害をもたらす。

現行算定方式のもとでは、違反行為の重大度、さらには悪質度、違反の明確性を示す故意・過失度と課徴金額が対応するものになるという保障はない。カルテルの場合はそれほど弊害が大きくなるとも、排除型私的独占や優越的地位の濫用においては、現行算定方式のもとで当該行為の重大度や違法度と、課徴金額を常に対応させることが不可能である。

その結果、当該行為の重大度や違法度と、課徴金額が対応しないことがあることから、公取委の執行、すなわち法適用、法運用を歪めることになる。まず、均衡を欠く課徴金を命じないようにするため、独占禁止法の実体ルールを歪めることが生じる。さらに、相当でない課徴金額を課すことを避けるために、正式事件として取り上げるのを控え、警告にとどめることなどが生じる。そのため、判例の蓄積が阻害されることになる。

ましてや、排除型私的独占に関しては、本来課徴金を課すべきでない行為も想定されるためそのような配慮をする必要性がはるかに強まる。

次いで、事業者団体に対する課徴金については、事業者団体による違反行為に対して、違反行為主体でなく、団体の構成事業者に課徴金納付を命じるという法律構成が、制裁金制度の本質である、違反主体に対して責任を問うという原則に反するものである。

仮に事業者団体の行為について課徴金納付を命じるとするなら、事業者団体自体にその責任を問い、その資産を担保として課徴金納付を命じるようにするべきである。

² これまでの課徴金の法的性格について解説した最高裁判決はいずれも平成 17 年改正前の課徴金を対象としている。

4 裁量型課徴金導入に向けての環境整備

課徴金が行政上の制裁であると位置づけた平成 17 年改正以降、裁量型課徴金の創設に向けての環境整備が急速に進んでいる。

本質的に不公正な行政手続であって、制裁金を課すための手続としてふさわしくない審判制度が廃止されるまでは、裁量型課徴金は現実的な課題としてとらえられなかったが、裁量性導入への最大の障害となっていた審判制度は廃止される見込みとなっている³。

内閣府の独占禁止法基本問題懇談会報告書（平成 19 年）は、「行政上の金銭的不利益処分は、被処分者に対して制裁的効果をもたらすとしても、刑事罰のように道義的な非難を目的とするものではなく、刑事罰と併科しても、憲法の禁止する二重処罰には当たらない」とし、課徴金と刑事罰の併科が憲法の禁止する二重処罰にあたらないと結論づけている。

裁量型課徴金と刑事罰の併科が憲法の禁止する二重処罰にあたらないのかは厳密には定かでない。しかし、同報告書が平成 17 年改正後の行政上の制裁である課徴金と刑事罰との併科が憲法の禁止する二重処罰にあたらないとしたのであるから、裁量型課徴金についても憲法上の二重処罰の問題はクリアしたものと解される。

また、憲法上の二重処罰の禁止は、同一行為に二つの制裁措置が現実に課せられるときに問題となるのであって、刑事罰金と課徴金という二つの制裁措置を課しうるということだけでは、憲法上の二重処罰の禁止の問題は生じない。この点から、二重処罰の禁止の問題は、将来的には法人事業者への課徴金額と刑事罰金とを調整できる全額控除制を採用すると実質的に解決するものと考えられる⁴。

内閣府の独占禁止法基本問題懇談会においては、当初裁量型課徴金の導入について賛成派の方が多かったが、公取委が裁量型課徴金に反対であったために、その制度を執行する当局が使いこなせるかどうか自信のないという制度を新規に導入するわけにも行かないという理由で採決までに至らず裁量型課徴金制度の導入は見送られた。

現在における公取委の対処方針は、裁量性の導入に消極的、否定的なものではない。ジュリスト 1441 号のインタビューにおいて、竹島一彦公取委委員長が「日本も裁量型にすべきかどうかの議論があり、これがよいとは軽々にいえませんが、将来的には検討する必要がありますか」という発言をなされたように、近い将来における重要検討課題としてとらえている。

5 3 年間の施行実績・評価とそれへの対策

(1) この 3 年間（平成 22 年 1 月から平成 24 年 12 月まで）の課徴金制度の実績

カルテルについては、平成 17 年改正後の行政上の制裁となった課徴金制度の下で、業種

³ 行政審判制は、米国連邦取引委員会の下での行政審判と同様に、専門的事案を排除措置命令で処理するための手続であって、もともと制裁金納付等制裁を命じることを想定していない。

⁴ 平成 17 年改正時に公取委は全額控除制を導入しようとしたが内閣法制局の反対でその実現を断念した。その後、金融商品取引法の課徴金制度で全額控除制が導入されている。そこで、独占禁止法の課徴金についても全額控除制を採用することによって二重処罰の禁止問題を実質的に解決できる。

別算定率、中小企業軽減率算定率をそのまま維持すべきか⁵、入札談合における個別工事ごとの具体的な競争制限効果の発生という要件が必要であるか、購買カルテルについて硬直的な制度の下で実質的妥当性を確保できるか⁶という問題点がある。カルテルについても、それらの問題を裁量性の導入により解決することが望ましい。しかし、カルテルについては実質的な弊害が小さいと評価されるため、ここではもっぱら優越的地位の濫用の禁止と排除型私的独占の禁止に焦点を当てて議論する⁷。

（２）優越的地位の濫用の禁止

これまでに、平成 22 年の施行後、次の 3 事例で優越的地位の濫用に該当するとして課徴金納付が命じられた⁸。

公取委は、株式会社山陽マルナカに対して、その行為が購入強制、協賛金等の負担の要請、従業員等の派遣の要請、返品、減額にあたるとして、平成 23 年 6 月 22 日に、5 か月強の違反行為期間について、2 億 2,216 万円の課徴金納付を命じた。この件で認定された違反行為期間は平成 19 年 1 月から平成 22 年 5 月まで（3 年 5 か月間）であって、仮に違反行為全体が課徴金の対象行為となる場合 3 年間での課徴金額は総額 13 億円強になる。

公取委は、日本トイザラス株式会社に対して、その行為が返品、減額にあたるとして、平成 23 年 12 月 13 日に、約 1 年 1 か月の違反行為期間について、3 億 6,908 万円の課徴金納付を命じた。この件で認定された違反行為期間は平成 21 年 1 月 6 日から平成 23 年 1 月 31 日（約 2 年間）であって、仮に違反行為全体が課徴金の対象行為となる場合、課徴金額は総額約 6 億円になる。

公取委は、株式会社エディオンに対して、その行為が従業員等の派遣の要請に当たるとして、平成 24 年 2 月 16 日に、11 か月間の違反行為期間について、40 億 4,796 万円の課徴金の納付を命じた。この件で認定された違反行為期間は平成 20 年 9 月 6 日から平成 22 年 11 月 30 日（2 年 2 か月強）であって、仮に違反行為全体が課徴金の対象行為となる場合、課徴金額は 100 億円程度になる。

このように、現行算定方法のもとで優越的地位の濫用についての課徴金額はきわめて高額になることが判明している。

（３）排除型私的独占

排除型私的独占に該当するとして課徴金納付が命じられた事例はこれまで存在しない。

ただし、平成 24 年 6 月に排除措置命令を取り消す旨の審判審決が下されたために、課徴金納付が命じられることは事実上なくなったが、日本音楽著作権協会事件の行為が排除型

⁵ 販売会社等を分社化している場合、同一カルテル参加者間の課徴金額に大きな差異が生じる。

⁶ この点は、紀州田辺梅干協同組合等事件の取り扱いで大きな話題となった。公取委がこの件を警告で処理したことは実質的正義に合致する。しかし、購買カルテルが現行課徴金の対象行為となっていない場合にはこの件の行為について排除措置を命じたものと考えられる。

⁷ 支配型私的独占と優越的地位の濫用を除く不正な取引方法については、課徴金納付が命じられることはほぼないものと予想される。

⁸ 優越的地位の濫用等平成 21 年改正による課徴金は、平成 22 年 1 月から課せられる。

私的独占に該当するとされると、課徴金の対象となるものであった。

この事件で、日本音楽著作権協会（以下、JASRAC という）に対する排除措置命令はいまだ排除型私的独占が課徴金の対象行為となっていない時期に下された。平成 22 年 1 月からは排除型私的独占が課徴金の対象行為になったが、JASRAC は（実行期間の終期となる）違反行為をなくするための措置を考案することができず、さらに最高裁まで公取委と争うことが予想された。そのため、JASRAC が敗訴するときには丸々 3 年間分の課徴金納付が命じられることになり、その場合、課徴金額は三年間分で総額 45 億円程度になるものと見込まれていた。

ちなみに、平成 22 年度における放送事業者からの使用料総収入は約 253 億円であった。放送事業者から得た収入の大部分は権利者等に分配されるために、JASRAC が管理事業者として得る手数料の比率は、使用料総収入のうちかなり低い数値にとどまる。しかし、先例である機械保険連盟事件最高裁判決に照らすと課徴金算定のための売上額は放送事業者から得る総収入であると考えられる。

EU 競争法の行政制裁金の実務では、当該業界でそれまで容認されてきた行為について、欧州委員会が初めて競争法違反であると認定するときには通常行政制裁金を課さない。したがって、EU 競争法の実務慣行に照らすと、たとえ放送事業者に対する包括許諾、包括徴収方式がこの件で初めて独占禁止法違反であることが確定したとしても、本件行為は本質的に課徴金納付を命じるべきでない行為であると考えられる。

この件の教訓は、たとえ排除型私的独占に該当し排除措置を命じることが相当な行為であったとしても、特別な事情がある事例では例外として課徴金を課さないという処理を可能とすべき必要があることである⁹。

（４）その評価・問題点とそれへの対応

硬直的な現行非裁量型課徴金制度については、現在までに、次のような事実が判明し、かつ次のような不都合をもたらしている。

排除型私的独占、優越的地位の濫用については、現行算定方式のもとで、課徴金額はそれぞれについて違反抑止の観点から十分に高額なものとなっていると評価される。

参考例として、市場支配事業者による条件付け（忠誠）リベート等の提供であって比較的違反に当たることが明白な 86 条違反行為であるとされたインテルの行為に対する制裁金算定実務をみると、平成 19 年（2007 年）12 月 29 日までの 1 年間の域内の顧客から注文を受けた本件製品の売上額を年間の基準売上額として使用したうえ、違反行為の性質、インテルの市場占有率、違反の地理的範囲など本件違反の重大性に関するさまざまな要素を総合判断して、基礎金額を算出するための算定率については 5%が相当であるとしている。この件の処理に照らしても、排除型私的独占についての算定率 6%は上限算定率として低す

⁹ 排除型単独行為規制については、EU 競争法などの確約（commitment）手続のように、競争法違反を認定せず（損害賠償責任の事実上の推定効果をなくし）、相手方事業者が提案してきた是正措置を排除措置の内容とする和解手続が活用されることも多い。この場合には、行政制裁金は課されない。

ぎるとはいえない。

現行課徴金制度についての問題点は次の2点である。

第1に、当事者間の相対的な優越性に基づく優越的地位の濫用行為について、その独占禁止法体系上の位置づけからも、排除措置を命じる行為すべてに対して、現実に課されているだけの高額な課徴金額を義務的に課することが相当であるかについて疑問がある。さらに、課徴金額の多少を問わず、優越的地位の濫用に該当する行為全てに課徴金納付を命じなければならない法制にも根本的な疑問がある。

また、比較法的にみると、2当事者間の相対的地位の優劣を問題とする優越的地位の濫用と同じ規制理念に基づく、ドイツ、フランスにおける経済的従属関係の濫用事案については行政制裁金の対象行為となっているが、原則として行政制裁金は課されていない。

したがって、国際的な調和の観点からも、優越的地位の濫用については、排除措置を命じるにとどめる取扱いを可能としたり、課徴金額水準の引下げ、算定方式の変更を検討する必要がある。

また、排除型私的独占についても、それまで競争法違反とされずに容認されてきた行為について初めて競争法違反と認定する場合など特別な事情のある場合における免責事由、減額事由の設定を検討する必要がある¹⁰。

第2に、課徴金が課せられた事件数はこの3年間で、排除型私的独占がゼロ件、優越的地位の濫用が3件である。優越的地位の濫用が突出しており、両者間におけるバランスを欠いている。

さらに、優越的地位の濫用事例と、排除型私的独占、不公正な取引方法を併せた単独行為事例とを比較すると、このバランスの悪さはさらに顕著になる。すなわち、優越的地位の濫用との比較で、単独行為で、不公正な取引方法（拘束条件付取引）に該当するとされたマイクロソフト（非係争条項）事件、クアルコム（非係争条項）事件（この件は平成22年1月以降も審判で係争中である）の違反行為に対して、課徴金が課されないことについては、事件の重大性という観点から相当であるのか疑問がある。

6 裁量型課徴金の制度設計

(1) 具体的な制度設計

裁量型課徴金の選択肢として、立法政策論であるために選択肢はきわめて多いが、次の2つの選択肢が有力である¹¹。

第1案は、7条の2第1項、同第4項、20条の2、20条の3、20条の4、20条の5、20条の6について、「相当する額の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない。」

¹⁰ 現行課徴金制度の下では、日本音楽著作権協会、セブーンイレブン事件のような行為については、公取委は取り上げなくなる可能性が大きい。

¹¹ このほか、現行課徴金制度を当面このまま維持して、さらなる施行実績を見ていくという選択肢もあるが、非裁量型課徴金制度の弊害はすでに明白になっているものと評価される。

から「相当する額までの課徴金を国庫に納付することを命じることができる。」に改正することである。

同時に、事業者団体の行為に対する課徴金制度である 8 条の 3 は廃止することである¹²。

この案は、現行算定方式のもとでの課徴金額は十分に高額な制裁金額になっていると判断したうえ、日本型課徴金制度の枠組みを残して、公取委に課徴金額を引き下げる方向での裁量権を与えて、行政上の制裁としての課徴金制度のあり方、課徴金賦課水準等の全面的見直しをさせようとするものである¹³。

法改正後に、公取委は、EU のように、課徴金算定に関するガイドラインで運用基準を明らかにすることが望ましい。

具体的な運用基準として、たとえば、カルテルについては、現行の課徴金額の賦課水準を維持すること、排除型私的独占については、基準算定率を 3% として、違法度によって 6% まで引き上げることができ、0% まで引き下げることができるようになること、優越的地位の濫用については、基準算定率を 0.5% として、違法度によって 1% まで引き上げることができ、0% まで引き下げることができるようになることが考えられる¹⁴。

そのうえで、排除型私的独占と優越的地位の濫用については、基準金額からの増額、減額の主要要因を列挙することが考えられる。

第 2 案は、3 条違反について、違反対象商品または役務の販売価格、購入価格の 20% を上限金額とするところの裁量型課徴金を導入することである。この場合、優越的地位の濫用については、それと同一上限額の課徴金とするか、現行上限額を維持することとする。

この案は、日本型課徴金制度の枠組みを残し、上限金額について、平成 21 年改正後の上限である、違反事業者の関連商品に関する売上高の 20%（累犯および主導的役割により加重されたもの）にするものである。また、課徴金の賦課水準は現行水準を維持し、ガイドラインまたは規則で、カルテルについては平成 21 年改正後の算定方法（原則としての算定率は関連商品売上高の 10% で上限が同 20%）と同一の方法を採用し、排除型私的独占は算定率原則 6% とし、優越的地位の濫用行為は算定率原則 1% とすることが想定されていた。

（2）現実的な対応策

当面の法改正案として、現時点では、以下の理由で、第 1 案の速やかな実現を目指すことが望ましい¹⁵。

¹² 事業者団体に対する課徴金（8 条の 3）については、事業者団体の違反行為について事業者団体の責任を問い事業者団体に対して課徴金を命じる制度にすることが考えられる

¹³ たとえば、規制類型ごとに上限方式の課徴金を規定している韓国競争法は、その課徴金について、原則として、カルテルについて関連売上額の 10% を、排除型私的独占について関連売上額の 3% を、不正な取引方法について関連売上額の 2% を上限金額として規定している。

¹⁴ 二当事者間における取引上の相対的な力関係である優越的地位を規制論拠とする優越的地位の濫用については、排除措置を命じた違反行為すべてについて、課徴金を課すという原則にも疑問があり、比較法上は、むしろ違法度、悪質度の高いものについて課徴金を課すということでは足りないのではないかと考えられる。

¹⁵ 裁量性の導入による取消訴訟の多発を防ぐために、EU 競争法上の和解制度を導入することも考えら

なぜなら、課徴金制度のあり方、行為類型ごとの賦課水準の妥当性、個別事例ごとの現実の課徴金額の妥当性を見直すことは緊急の課題であるところ、もっとも速やかに裁量性を導入することができると思込まれる方策である¹⁶。

同様な観点であるが、実現可能性の点から、経済界等利害関係者からの賛同を得られやすい。逆にいうと、現行法を前提とした、もっとも簡潔な法改正であって、裁量性の導入についての利害関係者からの抵抗が最も少ない方策である。

現在でも、法曹界、産業界を中心に、たとえ公取委のような専門行政機関が判断を下し司法審査を受けるものであっても、行政庁が制裁金額についての裁量権をもつことについての抵抗感が強い。また、長期的には裁量型課徴金の創設が避けられないとしても、公取委はいまだ準司法機関としての体勢が整備されておらず、時期尚早であるという声も強い。さらには、高額な上限金額を設定する場合に、公取委が恣意的に課徴金額の賦課水準を引き上げていくのではないかという懸念も根強い¹⁷。これらの反対論を考えると、第1案がもっとも実現可能性のある選択肢となる。

もう一つの大きな要因は、今日では第2案を採用しても、現実の運用基準のあり方においては、第1案と実質的に相違のないものとなると見込まれることである。

第3 解釈論における残された課題—段階の二重規制に

1 はじめに

多摩地区入札談合事件最高裁判決によって、解釈論による基本体系および二重規制構造の見直しが最終段階にあることが明らかになっている。

多摩地区入札談合事件最高裁判決は、これまでもっとも実現に時間がかかると予想されていた、一定の取引分野における競争を実質的に制限することについて、東宝・新東宝事件東京高裁判決の定義を否定して、違法性レベルを大幅に引き下げることを実現した。

現在、自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、すなわち一定の取引分野における競争を実質的に制限することと同一のものであることは、すでに解釈論として成立している。近い将来に判例法としてこのことを確立することが課題となる¹⁸。

れる。和解制度は、事件記録の全面的な開示や口頭聴聞の省略等の見返りに10%減額を認める制度であって、取消訴訟提起を断念させる効果を有する。

¹⁶ この場合、基本的に上限金額を課徴金として課すことにする、課徴金を課さないこととする特別な事情のある場合を設ける、基準金額を引き下げるなど、後は公取委の運用にゆだねられる。その意味で、法改正後も、公取委が原則として上限金額の課徴金の納付を命じるというのであればそれも可能である。

¹⁷ このように、裁量型課徴金の創設について警戒観や抵抗が強い理由は、根本的にはそれが本邦ではじめての本格的な行政制裁金であることとその波及効果を懸念することにあると考えられる。

¹⁸ ここでは、実体法に関する最重要課題について解説したが、国際標準の競争法の枠組みおよび現状については、村上政博、独占禁止法（第5版）（弘文堂、平成25年）1頁～73頁参照。

2 昭和 28（1953）年の判例法とその問題点

（1）独自の体系と二重規制構造

原始独占禁止法¹⁹は、米国反トラスト法を受け継ぎ、さらにはその 50 年間の施行経験を踏まえたものであって、私的独占の禁止と不当な競争制限の禁止を事後規制の中核規定とする体系は優れたものであった。ところが、昭和 22 年に反トラスト法の受け継ぎにおけるミスによって、原始独占禁止法に本来不要な不公正な競争方法の禁止を規定したことと、昭和 28 年に理論上の詰めも十分に行わずにそれを不公正な取引方法の禁止に変更したこと、より根本的には日本経済の実態に照らして競争法の制定が早過ぎたことから、本来の体系を大きく歪めていくこととなった。

その結果、独占禁止法は、1980 年代前半までに、国際的にも見られない特異な基本体系を生み出すとともに、二段階の二重規制構造という奇妙なルールを形成した。

この日本独自の体系では、企業集中の規制（私的独占の禁止、企業結合規制、独占的地位に対する規制を含む）、不当な取引制限の禁止（カルテル規制）、不公正な取引方法の禁止を 3 本柱とする。

さらに、競争ルールを構成する事後規制の主要な行為類型について、きわめて高い違法性水準を意味する「一定の取引分野における競争の実質的制限」を実質要件とする私的独占の禁止等と、きわめて低い違法性水準で足りるとする「公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）」を実質要件とする不公正な取引方法の禁止によって、二重に規制されるという二重規制構造を成立させた。

その体系・二重規制構造は、昭和 28 年頃に下された 4 判審決、すなわち、東宝・スバル事件東京高裁判決（昭和 26 年）²⁰、新聞販路協定事件東京高裁判決（昭和 28 年）²¹、東宝・新東宝事件東京高裁判決（昭和 28 年）²²、第 1 次大正製薬事件審判審決（昭和 28 年）²³に基づいていた。

そのため、単独行為規制、共同行為規制および企業結合規制を三大規制とする国際標準の競争法体系や、判例法として行為類型ごとの単一ルールからなる競争ルールを確立していくためには、それらの問題のある判例の先例価値を一つ一つ失わせていく必要があった。

（2）不当な取引制限の対象行為をカルテルに限定

私的独占の禁止（3 条前段）が単独行為を規制する基本規定であり、不当な取引制限の禁止（3 条後段）が共同行為を禁止する基本規定である。独占禁止法の沿革上も文理上も不当な取引制限の禁止が共同行為を規制し、私的独占の禁止が単独行為を規制することになっている。

ところが、新聞販路協定事件東京高裁判決は、不当な取引制限の「事業者とは法律の規

¹⁹ 昭和 22（1947）年に日本で最初に制定された独占禁止法を指す。

²⁰ 東京高判昭和 26 年 9 月 19 日行裁例集 2 卷 9 号 1562 頁。

²¹ 東京高判昭和 28 年 3 月 9 日行裁例集 4 卷 3 号 609 頁。

²² 東京高判昭和 28 年 12 月 9 日高民集 6 卷 13 号 868 頁。

²³ 公取委審判審決昭和 28 年 3 月 28 日審決集 4 卷 119 頁。

定の文言の上ではなんらの限定はないけれども、相互に競争関係にある独立の事業者と解するのを相当とする。共同行為はかかる事業者が共同して相互に一定の制限を課し、その自由な事業活動を拘束するところに成立するものであって、その各当事者に一定の事業活動の制限を共通に設定することを本質とするものである」、さらに「また一群の事業者が相集って契約協定等の方法によって事業活動に一定の制限を設定する場合であって、その中に異種又は取引段階を異にする事業者を含む場合においても、これらの者のうち自己の事業活動の制限を共通に受ける者の間にのみ共同行為が成立するものといわなければならない」と判示した。

この判決は、①不当な取引制限は相互に課される制限が各事業者にとって共通であることを本質とすることから、不当な取引制限における事業者は同質的取引関係または取引段階を同一にする者に限定される、②（少なくとも）不当な取引制限の事業者は競争関係にある事業者に限定される、と判示したことになる。

東宝・新東宝事件東京高裁判決も、前記新聞販路協定事件東京高裁判決を引用したうえで、東宝が新東宝に資金を提供し、新東宝の製作する映画の配給を全て東宝に委託させるという協定（垂直的協定）について、東宝が新東宝の映画の販路および顧客を制限するという新東宝のみに制限を課す一方的制限であり、相互拘束を伴わないために不当な取引制限に該当しないと判示した。

新聞販路協定事件東京高裁判決と東宝・新東宝事件東京高裁判決が、不当な取引制限の射程範囲をカルテルに大幅に狭めて、事後規制について共同行為と単独行為で区分けする競争法の基本体系を歪めることになった。

（3）高いレベルの違法性水準としての競争の実質的制限

水平型企業結合事件に関する東宝・スバル事件東京高裁判決は、競争の実質的制限について、「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる形態が現れているか、又は少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいう」と判示している。「現れているか、又は少なくとも現れようとする程度に至っている状態」という文言に水平型企業結合規制の性格が反映されている。

次いで、東宝・新東宝事件東京高裁判決は、「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすことをいう」としている。この定義は、東宝・スバル事件判決の定義について、市場支配の状態をもたらす行為というように3条違反の行為にも適用できるようにしたものである²⁴。

「競争を実質的に制限する」ことが、私的独占の禁止、不当な取引制限の禁止、企業結合規制において共通の実質要件であり、「競争を実質的に制限する」の定義が私的独占の禁止、

²⁴ 公正取引委員会 30年史 488、489頁、浅沼判事の発言参照。

不当な取引制限の禁止、企業結合規制に等しく適用される。

東宝・新東宝事件判決は、競争の実質的制限について、市場を支配することができる状態（市場支配の状態）を要件とし、その文理以上に高い違法性水準を必要とした。そのため、私的独占の禁止については、市場占有率 80%程度というきわめて大きな力を有する事業者に対してのみ適用されると解釈された。不当な取引制限の禁止については、同一業界における大多数の同業者が参加したカルテルに限定されることになった。企業結合規制は、私的独占に該当するような市場支配力の形成を未然に防止すること（私的独占の禁止の未遂行為を禁止すること）に限定されると解釈されて、私的独占の禁止の予防的規制と位置づけられた。

（４）不公正な競争方法・不公正な取引方法の位置づけと二段階の二重規制構造

連邦取引委員会法 5 条の不公正な競争方法の禁止は、本来連邦取引委員会に司法省と同等の権限を付与するための規定であって、その点から 19 条の不公正な競争方法の禁止は本来私的独占の禁止や不当な取引制限の禁止と同一レベルのものである。ところが、第 1 次大正製薬事件審判判決は、不公正な競争方法の競争制限について「独占禁止法 2 条 6 項 5 号の条件が不当なものかどうかを判断する基準として、競争制限的作用の有無をもってする場合に、その競争の制限が、一定の取引分野における競争を実質的に制限するものと認められる程度のものである必要はなく、ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りるものと解すべきで、かく解することは、私的独占等の予防措置として不公正競争方法を禁止している法意からみて妥当なものといわなければならない。」とした。同審判判決中の「その競争の制限が、一定の取引分野における競争を実質的に制限すると認められる程度のものである必要はなく、ある程度において公正な自由競争を妨げられるものと認められる場合で足りるものと解すべきで」あるという部分がそのまま不公正な取引方法の公正競争阻害性の基本先例として引用されてきた。

この結果、前述の通り共通要件である競争の実質的制限を高レベルの違法性水準のものと解釈することによって、私的独占の禁止は市場支配の状態をもたらす巨大な経済力の濫用行為を規制し、不当な取引制限の禁止は競争業者間のカルテルを規制し、さらに企業結合規制は私的独占の発生を未然に防止することにしたこととあいまって、単独行為および垂直的制限については、①公正競争阻害性について、「ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りる」という低レベルの違法性水準のものと解釈したこと、②主要な行為類型（に近いもの）を一般指定で定めていること、からもっぱら不公正な取引方法の禁止により規制することになった。これによって、独占禁止法における二段階の二重規制構造が成立し、昭和 57 年の旧一般指定の制定によって、この構造が完成することになった。

このように、①不公正な競争方法の禁止には不正競争法違反行為も含まれる²⁵、②不公正

²⁵ 「連邦取引委員会法においては、不正競争をも含む新たな観念として、不公正な競争方法（unfair methods of competition）の語を用い、その一般的な禁止（5 条）を定めるに至ったのである」という誤

な競争方法の禁止は萌芽理論（悪い芽は早めに摘み取るという考え方）により全面的にシャーマン法 1 条、2 条より低い違法性水準のものを規制対象とする²⁶、という米国反トラスト法の明白に誤った解釈によって、第一次大正製薬事件審判審決で不公正な競争方法の禁止は私的独占の禁止等よりも低いレベルの違法性水準のものを規制するとしてしまった。その考え方は、不公正な競争方法の禁止を変更した日本独自の不公正な取引方法の禁止に受け継がれた。

不公正の競争方法の禁止は反トラスト法の受け継ぎの失敗の結果であって、公取委が唯一の施行機関である独占禁止法では、不公正の競争方法の禁止は本来不要であった。また、不公正な競争方法は連邦取引委員会法 5 条を受け継いだものであるが、同 5 条は連邦取引委員会に司法省と同等の規制権限を付与するものであり、基本的にシャーマン法 1 条、2 条と同等の規制対象（私的独占の禁止および不当な取引制限の禁止と同一レベルの違法性水準を要するもの）であって、不正競争法違反行為を規制対象とするものでもなく、また萌芽理論によって全面的に一ランク低いレベルの行為を規制対象とするものでもない。

3 国際標準の競争法の基本体系および競争ルールへ

(1) 競争法の基本体系とは

今日、競争法の 3 本柱が単独行為規制、共同行為規制、企業結合規制であるように、独占禁止法の競争法の 3 本柱は、単独行為規制である私的独占の禁止、共同行為規制である不当な取引制限の禁止、企業結合規制である。そのほかに各国固有の規制が加わる。そのうえで、判例法として、各規制の行為類型ごとに単一ルールを形成していく（図表 1 参照）。

独占禁止法では、一定の取引分野における競争の実質的制限を要件とする、単独行為規制である私的独占の禁止、共同行為規制である不当な取引制限の禁止、企業結合規制が 3 本柱となる。

不公正な取引方法の禁止については、公正競争阻害性を二分化したうえで、自由競争減殺型の公正競争阻害性は一定の取引分野における競争の実質的制限と同一のものと解して、私的独占の禁止、不当な取引制限の禁止と一体としてルールを形成するものと、不公正な競争手段型、自由競争基盤侵害型の不公正な取引方法の禁止は日本固有の規制と位置づけられる。

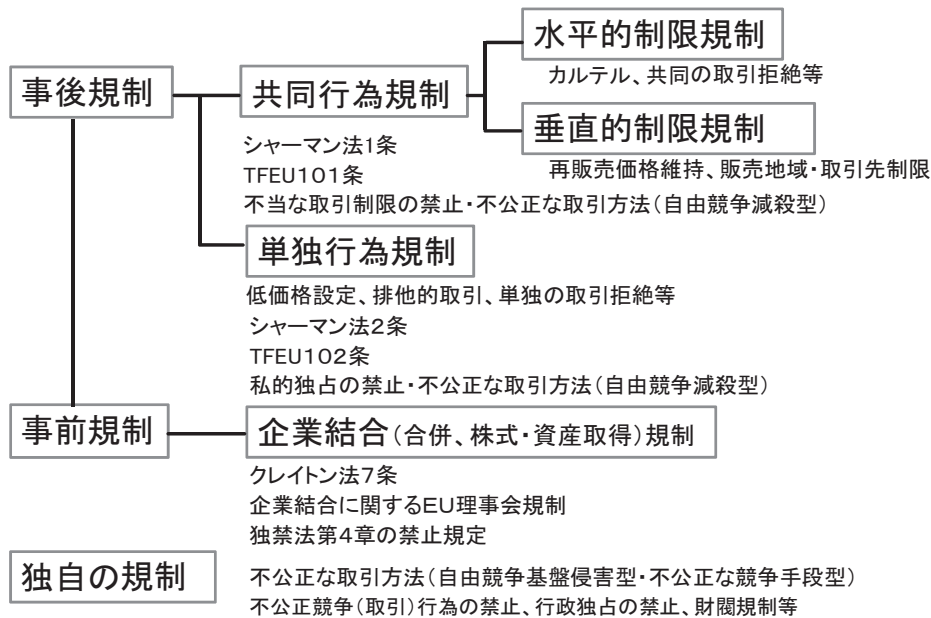
また、企業結合規制については、①平成 21（2009）年改正による株式取得への事前届出制の導入と事前届出制の全面的整備、②平成 23（2011）年の企業結合審査についての事前相談制から届出後審査制への移行によって、平成 23（2011）年までに事前規制として 3 本

解に基づき、独占禁止法における不公平な競争方法の禁止は、「その趣旨においては、主として、私的独占の形成を未然に防ぐ目的の下に、その手段となる行為を禁止したものである」と解釈した。今村成和、独占禁止法（新版）、（有斐閣、昭和 53 年）90 頁参照。

²⁶ 反トラスト法上、不公正な競争方法の禁止は、基本的にシャーマン法 1 条、2 条と同一の規制範囲のものと解されている。1950、60 年代の萌芽理論の最盛期でも、特定の領域の規制に当てはまったのであって、全面的に萌芽理論が適用されたことはなかった。

柱の一つとして確立された。

<図表 1> 競争法の基本体系



新聞販路協定事件東京高裁判決および東宝・新東宝事件東京高裁判決の先例価値は、目隠しシール入札談合事件東京高裁判決(平成5年)および多摩地区入札談合事件最高裁判決(平成24年)により否定された。さらに、東宝・スバル事件東京高裁判決を受けた東宝・新東宝事件東京高裁判決の先例価値も、多摩地区入札談合事件最高裁判決(平成24年)により否定された。

4 不当な取引制限と排除型私的独占

(1) 不当な取引制限

不当な取引制限の相互拘束は共同行為の全ての行為類型を対象にするように解釈して、不当な取引制限の禁止を共同行為規制の基本禁止規定と位置づけていくことが課題であった。

目隠しシール入札談合事件東京高裁判決は、3条後段について、「独禁法2条1項は、『事業者』の定義として『商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいう。』と規定するのみであるが、事業者の行う共同行為は『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』内容のものであることが必要であるから、共同行為の主体となる者がそのような行為をなし得る立場にある者に限られることは理の当然であり、その限りでここにいる『事業者』は無限定ではないことになる。」しかし、「実質的には競争関係にあった」者は、「立場の相違があったとしてもここにいる『事業者』というに差し支えがない。この『事業者』を同

質的競争関係にある者に限るとか、取引段階を同じくする者であることが必要不可欠であるとする考え方には賛成できない」と判示し、新聞販路協定事件判決の前述の判旨①を完全に否定した。

次いで、「昭和 28 年の改正により、・・・、3 条が『事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。』とし、2 条 6 項が『・・・不当な取引制限とは、・・・により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。』と規定するに至り、・・・、当該共同行為によって『競争を実質的に制限する』ことが積極的要件として必要となった現行法のもとで、はたして右判例のように『事業者』を競争関係にある事業者に限定して解釈すべきか疑問がある」と判示し、新聞販路協定事件判決の前述の判旨②を実質的に否定した。

多摩地区入札談合事件最高裁判決は、「このような取決めがされたときは、これに制約されて意思決定を行うことになるという意味において、各社の事業活動が事実上拘束される結果となることは明らかであるから、本件基本合意は、法 2 条 6 項にいう『その事業活動を拘束し』の要件を充足するものということができる。」とした。本件判決によると、相互拘束とは、複数の独立した事業者間の取決めをいう。前記判旨から、複数の独立した事業者間の取決めには水平的取決めのほか、垂直的取決めも含まれる。このように、今日不当な取引制限の禁止は、理論上明確に垂直的制限を含む共同行為を規制対象とする。

同事件最高裁判決は、「法 2 条 6 項にいう『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをい」とし、東宝・新東宝事件東京高裁判決の競争の実質的制限の定義を廃止して高すぎる違法性水準の設定によりもたらされていた弊害を取り除いた²⁷。

したがって、相互拘束により一定の取引分野における競争を実質的に制限することとは、複数の独立した事業者間の取決めにより当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいう。

これによって、不当な取引制限の禁止が共同行為に属する全ての行為類型を規制対象にするとともに、不当な取引制限の禁止によって行為類型ごとに妥当なルールを形成することを可能とした²⁸。

(2) 排除型私的独占の禁止

私的独占の禁止は排除型私的独占の禁止と支配型私的独占の禁止に分けられるが、中核的な禁止規定は排除型私的独占の禁止である。

そこで、私的独占の排除行為は単独行為の全ての行為類型を対象とするように解釈して、私的独占の禁止を単独行為規制の基本禁止規定と位置づけていくことが課題であった。

²⁷ 同時に、東宝スバル事件東京高裁判決も覆した。

²⁸ この最高裁判決は、カルテル規制に影響を及ぼさない（カルテル規制の実質的な規制水準を変えない）が、垂直的制限や合理の原則型の水平的制限について、不当な取引制限の禁止により規制可能にするという大きな影響を及ぼす。村上政博、独占禁止法と国際ルールへの道—手続法改革と実体法改革の現状と課題、NBL996 号 22 頁参照。

排除行為とは、他の事業者の事業活動を困難にさせる行為をいう。競争者の事業活動の継続を困難にさせる行為または新規参入を困難にさせる行為と言い換えてもほぼ同じである。

排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針（排除型私的独占ガイドライン）は「排除行為とは、他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする行為であって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにつながる様々な行為をいう。」と定義している。このうち、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することにつながる様々な行為」は同じ要件が重複することになることから、記述するまでもない。

この定義については、「他の事業者」に現実的競争者、新規参入者、潜在的競争者（新規参入しようとする者）が含まれることは自明であって、「新規参入者の事業開始を困難にさせたりする行為」は不要である。

これらの定義は、単独行為の全ての行為類型を含むように考案されたものであって妥当なものである²⁹。

また、多摩地区入札談合事件最高裁判決の一定の取引分野における競争の実質的制限に関する定義は、2条5項の排除型私的独占にもそのまま適用される。

競争の実質的制限に関する、昭和28年の「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらす」こと（東宝・新東宝事件東京高裁判決）、排除型私的独占についての平成21年の「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態を形成、維持、強化すること」（東日本電信電話会社事件東京高裁判決）、さらには平成22年の「市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じること」（東日本電信電話会社事件最高裁判決³⁰）は、先例価値を失っている。

したがって、排除型私的独占とは、他の事業者の事業活動を困難にさせる行為により、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいう。

これによって、排除型私的独占の禁止が単独行為に属する全ての行為類型を規制対象にするとともに、排除型私的独占の禁止によって行為類型ごとに妥当なルールを形成することが可能となっている。

²⁹ 排除行為についての平成22年12月17日東日本電信電話会社事件最高裁判決の「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有し、競争者の市場への参入を著しく困難にするなどの効果をもつ行為」、通りわけ「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有」する行為は、単独行為全てを含めることができず、妥当な解釈とはいえない。

³⁰ 最判平成22年12月17日判例時報2101号17頁、判例タイムズ1339号55頁。

5 自由競争減殺型の不公正な取引方法

(1) 自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性の引上げ

残る課題は、自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性は「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」というと判示して、第1次大正製薬事件審判審決（昭和28年）の先例価値を判例法上も否定することにある。

第一次大正製薬事件審判審決（昭和28年）の解釈は、1970年代までの判例法に当てはまっても、1980年代以降の判例法の展開によって今日では完全に否定されている。すなわち、1980年代中ごろ以来の判例法の展開によって、自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性については、「当該取引に係る市場における競争機能を損なうこと」まで引き上げられている。

多摩地区入札談合事件最高裁判決の一定の取引分野における競争を実質的に制限することについての「当該取引に係る市場における競争機能を損なうこと」という言い回しは、むしろ自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性にふさわしいものである。この判決を踏まえると、自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性とは、法定または指定された形式要件³¹に該当する行為により、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと、すなわち、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。

また、マイクロソフト（非係争条項）事件審判審決（平成20年）は、自由競争減殺型の不公正な取引方法の「公正な競争を阻害するおそれ」の「この『おそれ』の程度は、競争減殺効果が発生するという程度の漠然とした可能性の程度で足りると解すべきでなく、当該行為の競争に及ぼす量的又は質的な影響を個別に判断して、公正な競争を阻害するおそれの有無が判断されることが必要である」としている。この言い回しは、判断基準として機能していない。ただし、マイクロソフト（非係争条項）事件審判審決は、競争ルールを構成する自由競争減殺型とそれ以外の不公正な競争手段型、自由競争基盤侵害型に二分して、自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性について異なる違法性基準を設定しようとしている点が評価される。

(2) 自由競争減殺型の公正競争阻害性に関する判例法の展開

不公正な取引方法のうち、競争ルールを構成する行為類型（自由競争減殺型）についての1980年代以降の主要判例は、時系列で見ると次の通りである。今日、自由競争減殺型の公正競争阻害性の違法性基準は、これらの判例で示される³²。

³¹ 不公正な取引方法として指定されたまたは法定された行為から、実質要件である公正競争阻害性を意味する「不当に」、「正当な理由なく」を除くものが形式要件に該当する。

³² 不公正な取引方法に該当するとした事例には、競争制限的な目的、効果を有する多様な行為のそれぞれを一般指定各項のいずれかに該当するとしたもの（複合行為）がある。この場合、適用される一般指定の数が増えたから違法性が強まるわけでもなく、違法性のレベルは公正競争阻害性である。

神奈川生コンクリート協同組合事件（公取委勧告審決平成2年2月15日審決集36巻44頁）では、神奈川生コンクリート協同組合が一般指定の11項、15項に該当する行為を行って員外者（アウトサイダー）の事業活動を不当に困難にした。全国農業協同組合事件（公取委勧告審決平成2年2月20日審決集36巻53頁）では、全国農業組合が一般指定の2項、13項、14項2号に該当する行為を行って、系

- ①東洋精米機事件 東京高判（昭和 59 年 2 月 17 日）
- ②東京都芝浦屠場事件 東京高判（昭和 61 年 2 月 14 日）、最判（平成元年 12 月 14 日）
- ③東芝エレベータテクノス事件 大阪高判（平成 5 年 7 月 30 日）
- ④日本遊戯銃協同組合（デジコン電子）事件 東京地判（平成 9 年 4 月 9 日）
- ⑤マイクロソフト（抱き合わせ）事件 公取委勧告審決（平成 10 年 11 月 14 日）
- ⑥資生堂東京販売（富士喜本店）事件、花王化粧品販売（江川企画）事件 最判（平成 10 年 12 月 18 日）
- ⑦三光丸本店事件 東京地判（平成 16 年 4 月 15 日）
- ⑧ザ・トーカイ事件、ニチガス事件 東京地判（平成 16 年 3 月 31 日）、東京高判（平成 17 年 4 月 27 日）、東京高判（平成 17 年 5 月 31 日）
- ⑨下関市福祉バス事件 山口地判（平成 18 年 1 月 16 日）
- ⑩日本郵政公社（ヤマト運輸）事件 東京地判（平成 18 年 1 月 19 日）、東京高裁（平成 19 年 11 月 28 日）
- ⑪マイクロソフト（非係争条項）事件 公取委審判審決（平成 20 年 9 月 16 日）
- ⑫第一興商事件 公取委審判審決（平成 21 年 2 月 16 日）

（3）違法性水準の引上げと一定の取引分野の画定

東洋精米機事件東京高裁判決と東京都芝浦屠場事件最高裁判決では、不公正な取引方法の自由競争減殺型の公正競争阻害性について、法文にない一定の取引分野の画定が必要であり、かつ公正競争阻害性の有無を判断するためにはそれまで考えられていた以上の多様な判断要素を考慮して決定しなければならない旨判示した。この前後で、自由競争減殺型の公正競争阻害性のとらえ方には質的な差異が生じている。

（4）違法性水準の引上げと公正競争阻害性を充足しないとした先例

違法性水準の引上げは、まず、公正競争阻害性を満たさずに、それゆえに不公正な取引方法に該当せず、したがって 19 条に違反しないとした主要先例によって平成 19 年（2007）ごろには明白になっていた。

具体的には、東洋精米機事件東京高裁判決（昭和 59 年）（1984 年）から始まり、東京都芝浦屠場事件最高裁判決（平成元年）（1989 年）、資生堂東京販売、花王化粧品販売事件最高裁判決（平成 10 年）（1998 年）を経て、三光丸本店事件東京地裁判決（平成 16 年）（2004 年）、ザ・トーカイ、ニチガス事件東京高裁判決（平成 17 年）（2005 年）、下関市福祉バス事件山口地裁判決（平成 18 年）（2006 年）、日本郵政公社事件東京高裁判決（平成 19 年）（2007 年）にいたる先例で明らかになっている。

東京都芝浦屠場事件最高裁判決は、「不当廉売規制に違反するかどうかは、専ら公正な競争秩序維持の見地に立ち、具体的な場合における行為の意図・目的・態様、競争関係の実態および市場の状況等を総合考慮して判断すべきものである」とし、資生堂東京販売、花

統外の競争販売業者の農業用資材の販売活動を不当の困難にした。いずれの行為も競争の実質的制限程度まで競争業者の事業活動の継続を不当に困難にさせている。

王化粧品販売事件最高裁判決は、「メーカーや卸売業者が販売政策や販売方法について有する選択の自由は原則として尊重されるべきである」と判示して垂直的非価格制限を拘束条件付取引に該当することに慎重な立場をとっている。

下関市福祉バス事件山口地裁判決では、「当該販売行為が競争者の事業活動を困難にするおそれがある」としながら、「過疎地における生活上の利便向上、社会的必要性が公正競争阻害性を充足するかの判断要素となる」としたうえで、その判断要素を重視して、公正競争阻害性を充足しないとしている。ザ・トーカイ、ニチガス事件でも、実質的な販売価格差の存在を認定しながらも、「当該事業者の市場占有率、意図、設定低価格と総販売原価や市場価格との関係、競争関係の実態および市場の状況等から差別対価に該当しない」としている。

そのほか、日本テクノ（取引妨害）事件東京地裁判決³³、関西航空空港島事件（新聞販売拒絶）大阪地裁判決³⁴、同事件大阪高裁判決³⁵、三菱東京 UFJ 銀行（東京スター銀行）事件東京地裁判決³⁶などの著名事件（ただし先例価値は高くない）でも、自由競争減殺型の公正競争阻害性を充足しないとして差止請求が棄却されている。

（５）違法性水準の引上げと公正競争阻害性を充足するとした先例

次いで、自由競争減殺型の公正競争阻害性を充足するとして、19 条違反を認めた行為については、いずれも、（一定の取引分野における競争の実質的制限と同等な）関連市場における競争制限効果の存在が認定されている。

東芝エレベータテクノス事件では、自社製機器の保守サービス市場で 80%以上の市場占有率を持つメーカー系保守業者が完全に管理している交換部品の提供と修理サービスとを抱き合わせたことにより、現実に独立系保守業者を駆逐するなど独立系保守業者の事業活動（の継続）を不当に困難にした。日本遊戯銃協同組合（デジコン電子）事件では、ほぼ市場占有率 100%に近いメーカーらによる販売業者を介しての間接ボイコットにより、唯一の有力競争者の事業活動を不当に困難にした。マイクロソフト（抱き合わせ）事件では、エクセルの表計算ソフト市場での市場支配力をてこととして、それをワープロソフトであるワードと抱き合わせたことにより、ワープロソフト市場での有力競争者の市場占有率を大幅に低下させるなどその事業活動を不当に困難にしている。

マイクロソフト（非係争条項）事件では、マイクロソフト社は、ソニー、松下電機、三菱電機など有力 OEM 業者の特許権を使用している蓋然性がきわめて高いと認定されており、パソコン AV 技術取引市場におけるそれら有力競争業者の事業活動の継続を不当に困難にさせている。第一興商事件では、違反行為によって卸売業者がターゲットとなった競争者との取引を取りやめたことがうかがわれる複数の事例があったと認定されている。

³³ 東京地判平成 16 年 3 月 18 日判例時報 1855 号 145 頁、判例タイムズ 1155 号 161 頁。

³⁴ 大阪地判平成 16 年 6 月 9 日審決集 51 卷 935 頁。

³⁵ 大阪高判平成 17 年 7 月 5 日審決集 52 卷 856 頁。

³⁶ 東京地判平成 23 年 7 月 28 日判例時報 2143 号 128 頁。

結局、自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性は、平成 19（2007）年頃までに判例法上明確に「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」まで引き上げられている³⁷。

6 判例法による行為類型ごとの単一ルール

今日では、自由競争減殺型の不公正な取引方法の公正競争阻害性については、「当該取引に係る市場における競争機能を損なうこと」すなわち「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」をいうと解される。このように解して、事後規制の単独行為規制と共同行為規制について、私的独占の禁止・不当な取引制限の禁止と自由競争減殺型の不公正な取引方法の禁止を一体として行為類型ごとの単一ルールを形成することができている³⁸。

この解釈は、現実には 1980 年代以降展開してきた現行判例法を確認、追認するものであって、何ら現行実務や現行判例法には影響を及ぼさない³⁹。

ただし、判例法としてもその点を確認することが課題であって、判例法上の変更は適切な事件がないと実現できないことから、現時点では現在審判で係争中のクアルコム事件審判審決⁴⁰によって第 1 次大正製薬事件審判審決の先例価値を失わせることが強く期待される。

³⁷ 同時に、米国反トラスト法、EU 競争法の判例法上の行為類型ごとの違法性基準とほぼ同一のものとなっている。

³⁸ この結果、不公正な取引方法を解体して、法改正で、自由競争減殺型の行為類型を不当な取引制限・私的独占と一体化し、不公正な競争手段型、自由競争基盤侵害型を別々に法定化することの必要性はきわめて乏しくなる。しかしながら、法改正による解決は長期的な課題として否定されるべきものではない。ただし、競争法の歴史は、どの国でも、長期間継続した競争法を抜本的に改正することは不可能に近いことを示している。

³⁹ 法改正によって、裁量型課徴金制度を導入することによって、本来排除型私的独占等に該当する行為について、課徴金納付を命じずに、排除措置を命じることで処理できるようにするという自由競争減殺型の不公正な取引方法の最後の存在意義もなくなる。

⁴⁰ クアルコム事件の違反行為は、不公正な取引方法（拘束条件付取引）に該当するとされたが、本来は私的独占や不当な取引制限に該当するという適用も可能なものであった。この件では、市場における具体的な競争制限効果と正当化事由・競争促進効果の総合判断によって結論が導かれるものと予想される。

第3章 国際的なカルテルへの重罰化とそれに対する対応策

第1 国際的なカルテルを巡る動向と関連する法理論

1 近年における国際的なカルテルへの重罰化

近年、カルテル、とりわけ国際カルテルに対する重罰化が顕著である。なかでも、米国反トラスト法、EU競争法のカルテルに対する重罰化の傾向が大きな話題となっている。

米国、EU、日本におけるカルテルに対する制裁に関する法的枠組みについては次のとおりである。

米国で、カルテルは犯罪行為であって、自然人に禁固刑および罰金刑が科せられ、法人に罰金刑が科せられる⁴¹。

刑事罰改革法の施行（2004年）により、自然人に対する最高罰金額が\$350,000から\$1millionに、禁固刑の最高刑期が3年間から10年間に引き上げられ、法人の最高罰金額が\$10millionから\$100million（得た利益又は損害の二倍まで引上げ可能）に引き上げられた。

司法省量刑ガイドライン（2010年）は、法人に対して米国関連売上げ×20%を基礎金額として、それに最終的な有責度スコアを乗じて刑事罰金額の最低金額を算出することになっている。しかし、司法取引によって合意される現実の刑事罰金額は、その最低金額を大きく下回ることが通例である。

また、米国の刑事手続は、アムネ스티制度、司法取引による五月雨式の事件処理、刑事免責・おとり捜査の活用など 国際的にも独自のものである。

このほか、反トラスト法は、シャーマン法違反と三倍額損害賠償責任を結び付けているため、三倍額損害賠償責任が実質的に制裁として機能している。

刑事事件のフォローアップ型の三倍額損害賠償請求訴訟において、証拠開示手続（ディスカバリー）、集団訴訟、成功報酬制（20–35%）、合同責任（Joint and several liability）⁴²、陪審制等の米国独自の民事手続によって、カルテル参加者は和解による解決を余儀なくさせられている⁴³。その和解額は、刑事罰金額の高額化のため、平均値でその3分の1程度となっている。

EUでは、カルテル参加者に対して、上限金額を直近年度の全世界売上高の10%としている行政制裁金が課せられる。

2006年ガイドラインによると、カルテルによる行政制裁金額は、直近事業年度の関連商

⁴¹ 刑事捜査、刑事弁護という刑事の世界である。FBIは捜索押収前に、秘密録音、通信傍受、Eメール・モニター、おとり捜査等によりカルテルの証拠収集のために全力を尽くし、検察官は首謀者や役職の上位者の刑事責任を追及して、芋ずる式にカルテルを摘発しようとする。また、利益相反を避けるために、会社、各従業員（被疑者）にそれぞれ異なる弁護士が選任されて、各弁護士はそれぞれ自己の依頼者の利益を守るために全力を尽くすことになる。

⁴² 共同不法行為者間で求償権を行使できないことを意味する。

⁴³ 刑事罰改革法は、アムネ스티申請者について、損害賠償請求者への十分な協力を条件に、三倍額損害賠償責任および合同責任の廃止を規定している（実損害賠償責任にとどまる）。

品売上高×最大 30%×継続年数+直近事業年度の関連商品売上高×(15-25)% (entry fee) を基礎金額とし、加減算事由を勘案して最終金額が決定される。

日本では、カルテル参加者に対して、課徴金が課せられる。悪質なカルテルについて、併せて法人への罰金刑、自然人への懲役・罰金刑という刑事罰が科せられる。

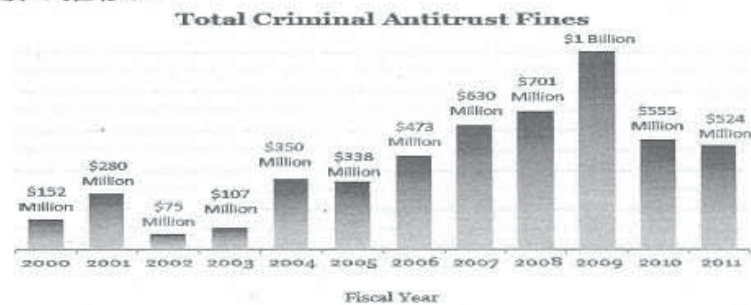
課徴金額の最高金額は、関連商品年間売上高×10%×3(継続期間)×2(累犯プラス首謀者の場合)程度である。自然人への刑事罰について、最高で懲役3年執行猶予5年であつて、実刑が科せられたことはない。日本では、今後カルテルについて課徴金中心に違反抑止を図ることが相当である。刑事告発は本気で参加会社の担当従業員や官製談合での発注者側の役員等という自然人に対して実刑を科すことを狙うような違法度の高いものに絞るべきであると考えられる。

近年のカルテルに対する重罰化の動きは、実績値で見ていくとわかりやすい。

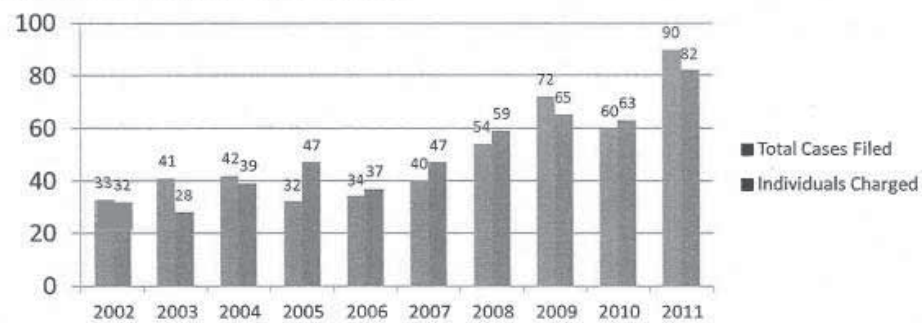
米国反トラスト法による刑事罰金総額および起訴件数の推移は、図表2のとおりである。

<図表2> 米国における法執行の状況 1

<罰金総額の推移>



<刑事事件の起訴件数の推移>

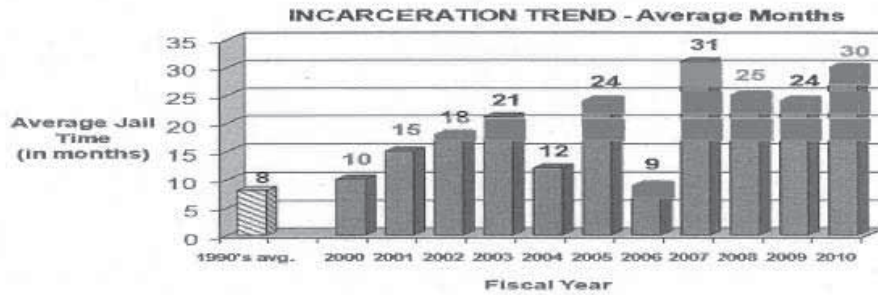


(出所:米国司法省公表統計資料)

自然人への禁固刑の平均刑期および外国人に対する禁固刑の平均刑期は、図表 3 のとおりである。

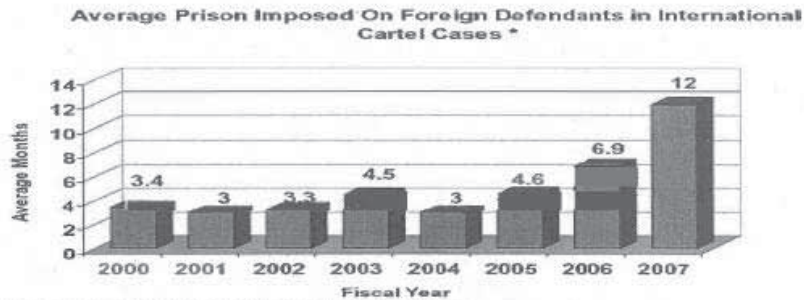
<図表 3> 米国における法執行の状況 2

<禁固刑の平均刑期(月数)>



(出所:米国司法省公表統計資料)

<外国人に対する禁固刑の平均刑期(月数)>



* Includes defendants charged with §15 U.S.C and/or obstruction offenses

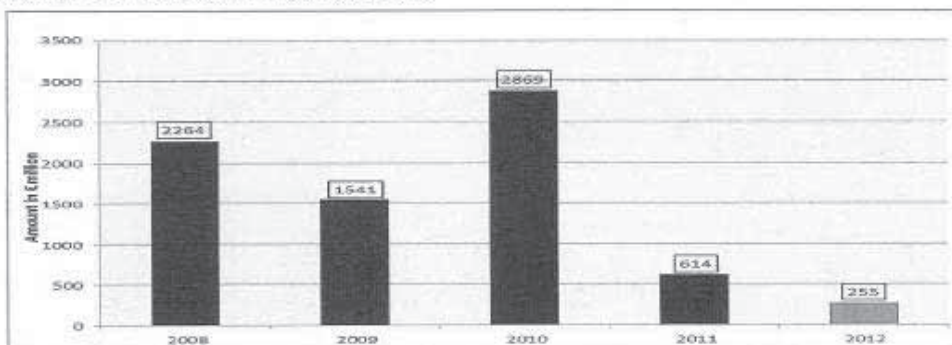
(出所: "Recent Developments, Trends, and Milestones In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program" Scott D. Hammond, March 26, 2008)

マリンホース事件のように米国において身柄拘束された日本人が米国刑務所に服役するのではなく、2011年のワイヤーハーネス事件以降、司法取引の結果、日本に所在する日本人が有罪答弁したうえ渡米して米国の刑務所に服役する事例が続出している。

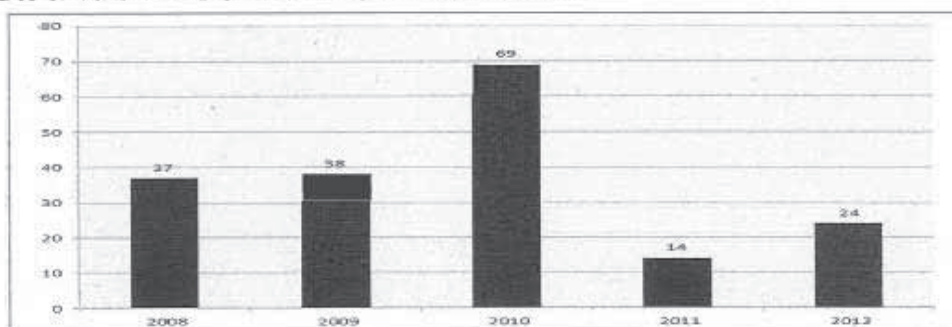
EU 競争法における制裁金額総額および対象事業者数の推移は図表 4 のとおりである。

＜図表 4＞ EU における法執行の状況

＜制裁金総額の推移(欧州委員会決定)＞



＜欧州委員会決定の対象とされた事業者数の推移＞



* 制裁金を課されていない事業者を含む。同一グループ内の事業者は1社として計算

(出所: 欧州委員会公表統計資料、2012年3月28日更新)

行政制裁金の算定方法を改定した 2006 年ガイドラインの公表以降、カルテルに対する行政制裁金額はそれ以前と比べて格段と高額になっている。

ちなみに、米国反トラスト法による刑事罰金額が科せられた、および EU 競争法による行政制裁金額が課せられた、日本企業上位 10 社は、図表 5 のとおりである。

このように、現実に日本企業に対して高額な刑事罰金、行政制裁金が科せられている。

競争法の歴史をみても、今日カルテルに対する制裁が最も重くなっていると評価される。そのため、この傾向がどこまで続くのかが注目されるが、基本的な流れに変化はなく、当面カルテルに対する重罰化を前提として対応策を講じる必要がある。

また、近年では国際カルテルの対する競争当局協力が進行しており、主要競争当局が一斉かつ同時に調査を開始することが通例となっている。現実にも米国カルテル規制については明白に国際カルテルの摘発に重点が置かれている。

<図表 5> 欧米において日本企業が関与したカルテル事件（2002 年～）

1 欧州において制裁金が賦課された日本企業上位 10 社

	企業	年	制裁金額（€）	対象商品
1	YKK	2007	1 億 5025 万	ファスナー
2	三菱電機	2007	1 億 1857 万 5000	ガス絶縁開閉設備
3	東芝	2007	9090 万	ガス絶縁開閉設備
4	ブリヂストン	2009	5850 万	マリンホース
5	日立製作所	2007	5175 万	ガス絶縁開閉設備
6	ソニー	2007	4719 万	業務用ビデオテープ
7	電気化学工業	2007	4700 万	クロロプレンゴム
8	旭硝子	2011	4513 万 5000	ブラウン管ガラス
9	日本電気硝子	2011	4320 万	ブラウン管ガラス
10	日本航空	2010	3570 万	燃油サーチャージ

（注）平成 24 年 1 月現在。

（出所）欧州委員会ホームページに基づき公正取引委員会作成。

2 米国において罰金が科された日本企業上位 10 社

	企業	年	罰金額（\$）	対象商品
1	古河電工（※）	2011	2 億	ワイヤーハーネス
2	シャープ	2009	1 億 2000 万	液晶ディスプレイパネル
3	日本航空	2008	1 億 1000 万	国際航空貨物輸送運賃
4	エルピーダメモリ	2006	8400 万	DRAM
5	全日空	2010	7300 万	国際航空貨物輸送運賃 及び旅客運賃
6	パナソニック	2011	4910 万	冷却用コンプレッサー
7	日本貨物航空	2009	4500 万	国際航空貨物輸送運賃
8	日立ディスプレイズ	2009	3100 万	液晶ディスプレイパネル
9	ブリヂストン	2011	2800 万	マリンホース
10	日本通運	2011	2111 万 5396	国際航空貨物輸送運賃

（注）平成 24 年 1 月現在。

（※）古河電工の罰金額については、現時点において連邦裁判所未承認。

（出所）米国司法省反トラスト局ホームページに基づき公正取引委員会作成。

【出所】公正取引委員会公表資料

第 2 リニエンシー制度とカルテル調査の平準化

1 リニエンシー制度

今日では国内カルテル、国際カルテル規制ともリニエンシー制度（制裁金の減免制度）が威力を発揮しており、基本的にリニエンシー申請に基づいてカルテル調査が行われる。

米国では、アムネ스티（刑事免責）の条件として、タイプ A、タイプ B（①捜査開始前かつ申請者がタイプ A の要件を満たさない場合、または②司法省が違反被疑事実についての情報を入手した後の申請）がある⁴⁴。

タイプ A は、①捜査開始前の申請であって、申請時点において、司法省が他から情報を得ていないこと、②違反行為の終了に向けた迅速かつ効果的な行動をとること、③完全かつ継続的な協力を行うこと、④企業としての申請であること、⑤可能な限り、被害者に損害を賠償すること、⑥違反行為の首謀者ではなく、他社に参加を強制していないことを満たすときに与えられる。

タイプ B は、①最初の申請者であること、②司法省が公判を維持しうる証拠を保有していないこと、③免責が他社との関係で不公平とならないこと、④その他、捜査開始前の申請の場合と同様の条件を充足すること、を満たすときに与えられる。

なお、第 2 順位以降の申請者については、有罪の答弁を行うにより刑事罰金額の大幅な減額が認められる（司法取引）。このように、司法省は違反行為を認める者に対して大幅な減額の裁量権を持つ。

このほか、アムネ스티制度に基づくアムネ스티・プラス⁴⁵、ペナルティ・プラス⁴⁶が活用されて、カルテルが芽づる式に摘発されている。

EU では、免責の要件は、①調査開始前に調査の開始を、または調査開始後に違反行為の証明を可能とする証拠を最初に提出すること、②誠実、十分かつ継続的な調査協力をおこなうこと、③申請者が他の事業者に対してカルテル参加またはその中止の阻止を強要した者でないこと、④違反行為を終了すること、⑤申請の事実・内容を公表しないことである。

また、違反行為を認めて高い付加価値を有する証拠の提出を提出し、その他免責の申請の場合と同様な条件を満たした者に対して、最初の申請者 50%－30%、2 番目の申請者 30%－20%、それ以降の申請者 20%以下という減額幅で行政制裁金の減額が認められる。

日本では、調査開始前の申請については、第 1 順位者に対して全面免責（刑事訴追免除）、第 2 順位者に対して 50%減額、第 3 ないし 5 順位者に対して 30%減額が認められ、調査開始後の申請については、第 1 ないし 3 順位者に対して 30%減額が認められる。なお、調査開始後の申請については調査開始前の申請者と合わせて最大 5 社までに減額が認められる。

調査開始前第 4 順位以下の申請、調査開始後の申請については把握事実に加える追加事実を証明する証拠の提出が必要である上、減免を受けるためには①違反行為を中止すること、②調査協力を行うこと、③減免申請を公開しないことが条件となっている。

また、国際カルテルについては、調査開始前の免責申請者は、各国競争当局の求めに応

⁴⁴ 業界、製品、サービス等を免責付与の可否を判断しうる程度まで特定して申請した者について一定期間内の情報提供を条件とした暫定的順位を付与とするというマーカー制度を設けている。

⁴⁵ A 事件の第 2 順位以降の申請者に対して、捜査開始前の B 事件についての免責申請および捜査協力を考慮して、B 事件の免責に加えて、A 事件についても罰金額を減額する。

⁴⁶ B 事件の存在を認識しながら司法省への申請を懈怠した者について、その懈怠を理由として罰金額を増額する。

じて申請情報の秘密性を放棄して各国競争当局が申請情報につき情報交換することに同意することが通例である。そのため、国際カルテルについてはその情報に基づき各国競争当局による一斉かつ同時調査が行われている⁴⁷。

2 カルテル調査と平準化の動き

競争当局は、調査開始前に全面免責を申請した会社からの詳細な供述を得て、関係会社に立入検査を行って証拠文書等を入手したうえで、調査開始後にカルテルへの参加を認めて減額申請する会社からの継続的な協力を得ている。さらにはその他のカルテル参加会社からの報告やその従業員からの供述をえて、カルテル参加会社に制裁金納付を命じることが通例である。

リニエンシー導入後、リニエンシーを活用したカルテル調査が行われるために、各国のカルテル調査は平準化してきている。また、それ以前と比べてカルテルの立証水準は近づいてきている。

米国では、最初のアムネスティ申請者（免責申請者）からの供述、情報を入手したうえ、裁判所から捜索令状を取得しその令状に基づき FBI が会社に立ち入り関係文書の捜索押収を行う⁴⁸。

その後、カルテル参加会社とその従業員から司法取引によって順次有罪の答弁と量刑について交渉、合意したうえ、司法取引で合意した者からの協力による供述、証拠文書を手する。最終的にはすべての事業者、従業員から司法取引で有罪答弁と自白の供述を得て、それらの会社、従業員に対して司法取引で合意した刑事罰を科している。

司法取引の交渉過程において、最終的な量刑について交渉、合意するだけでなく、担当官は必要に応じて証拠を提示して、カルテルに参加した旨の有罪の答弁をさせる。

遅れて司法取引による合意を行う者にとっては、捜索押収で得た証拠文書のほか、先行して司法取引したカルテル参加者からの提出文書や自白の供述が累積しているために、無罪を主張して争うことはきわめて難しくなる。

EU でも、欧州委員会は、調査開始前の免責申請者から、詳細な情報、供述を得る。その後、関係会社の事務所等に立入検査を行い、証拠文書を手する。立入検査の場において、担当官は、発見した文書に関連する事項等について説明を求める。

その後、調査開始後の減免申請者からカルテルに参加した旨の報告を得て、証拠文書や関連文書を得る。EU の調査においては、減免申請する会社の数については制限がないために、かなりの数の関係事業者が減免申請することになる。

欧州委員会は、減免申請をしないまたは減免を受けられない会社についても、情報要求

⁴⁷ 競争当局は免責申請受理から立入検査実施前に証拠収集活動を行う。免責要件である違反行為の終了等との関係では、免責申請者にとって違反行為は申請時に終了し、その後の期間は競争当局への協力期間として、制裁金の対象期間としないことが実務慣行となっている。

⁴⁸ リニエンシー導入後は、刑事免責を付与してのサピーナによる起訴大陪審審査はあまり利用されない。

についての回答として違反行為に関する報告を受ける。それら会社にとっては、その報告内容によって、最終的な制裁金額について、重大な調査協力・調査非協力によって増減されることがありうる⁴⁹。そのためにそれらの会社は真実を詳しく報告することが自己の利益と合致し、正確に報告するという動機を有することになる⁵⁰。

日本では、公取委は開始前の減免申請者から供述を得て、情報を入手する。その後公取委は、関係会社の事務所等に立入検査を行い、証拠文書を入手する。さらに、立入検査後の減免申請者から、さらにはその従業員からのカルテルに参加した旨の供述や証拠文書を得る。

現在、公取委の担当官は、減免申請者以外の会社の従業員を呼び出して供述録取を行いその自白調書を作成しようとしている。ただし、現行非裁量型課徴金制度の下では、減免を受けられない会社、さらにはその従業員にとっては、重大な証拠を提出したり、詳細かつ正確に供述したとしても命じられる課徴金額に差異がないため公取委の調査に協力する動機がない。

なお、カルテルの立証水準については、米国では刑事手続であるため犯罪の立証水準である「合理的な疑いを容れない程度」の立証を必要とする。自然人の刑事責任を問うために関係会社の従業員からの供述（自白）を得ている⁵¹。他方、EU、日本の行政手続ではカルテルについて基本的に民事の立証水準である。日本では「高度の蓋然性」の証明を求め、刑事の精密司法の伝統を受け継ぎ、関係会社の従業員を取り調べて自白調書を作成しているためかなり厳格な立証水準でカルテルを認定し、EU ではカルテル立証のための従業員（自然人）に対する呼び出し、事情聴取は行われないため、かなり緩やかな立証水準でカルテルが認定されていると評価される。

第3 カルテル規制強化に対する日本企業の取り組み

1 経営判断としての対応策

日本企業としては、各国におけるリエンシー制度、制裁のあり方、カルテル調査の実態を正確に理解し、カルテル摘発・立証の蓋然性、受ける制裁の大きさ、免責を受けられる可能性などを総合的に判断して対応策を決めていかざるを得ない。

初期に集中的に徹底した調査を行い、事実関係を確定して、迅速かつ明確に対応方針を決定すべきである。これは、企業不祥事の疑いに直面した場合の対応一般と変わらない。

⁴⁹ 制裁金算定に関するガイドラインは、28項で、基礎金額の増額事由として、欧州委員会の調査への協力を拒絶または調査を妨害することを、29項で、基礎金額への減額事由として、当該事業者がリエンシーの枠組みの外でまたは法律上課せられる義務を超えて、有効に（effectively）欧州委員会に協力することをあげている。

⁵⁰ リエンシー導入前は、関係者の召喚、供述録取権がないために専ら立入検査で入手した文書に頼って立証する必要があったが、リエンシー導入前は、減免申請した会社のカルテルに参加した旨の報告によって立証できるようになっている。

⁵¹ 日本でも刑事告発する場合には、その立証水準は合理的な疑いを容れない程度であり、逮捕・勾留することなどによって従業員からの自白を得ている。

事前にそのための準備態勢をできる限り整えておくことが重要であることも同様である。

カルテルの疑いを社内調査で発見した場合またはカルテルの疑いで調査を受けた場合に、多量の人材を短期間に投入して、迅速かつ集中的に社内調査を行った上、外部の専門弁護士とも相談して、カルテルに自社が参加していたか否かという事実関係を確定する必要がある。

また、カルテルについては、社内調査を行った後もカルテルの疑いはあるがカルテルが存在したとは断定できない場合もあるといわれる（いわゆる灰色で終わった場合である）。その場合には、カルテルを認めるのか、それともカルテルはないと主張し徹底的に争うのか難しい対応を迫られることになる。

経営者としての重要な判断が求められるのは、第 1 に、調査開始前に社内調査でカルテル（の疑い）を発見した場合に免責を申請するか否かの判断と、第 2 に、カルテル予防のためのカルテル防止に特化したコンプライアンスプログラムの構築へどれだけの社内資源を投入するかという判断である。

リニエンシーへの取り組みのうちでも、すでにカルテルの疑いで自社に対して調査が開始された後には、社内調査を迅速に行いカルテルに参加したと判断される場合には直ちにリニエンシー申請を行う以外の選択肢はありえない。この点から、自社に立入検査が行われた場合に、リニエンシー申請を行うための調査を行う必要があるため、関与した従業員に対して競争当局の当日の事情聴取について拒絶することを事前に徹底しておく程度の対策が考えられる程度である。

2 リニエンシー制度への対応

(1) 免責申請

リニエンシー申請については、カルテルへの参加を社内調査で発見してその時点で申請すると調査開始前の申請として免責を受けることができる段階にあるのか、すでにカルテルの疑いで自社に対して調査が開始された後であるのかで大きく状況が異なる。

(2) 日本国内での課徴金減免制度への対応

日本では、2006年1月施行以来課徴金減免の申請数が順調に増加している。

日本で、（特に日本国内カルテルについて）日本企業は課徴金減免の申請に積極的であると評価される。

日本では、カルテルの疑いについて灰色であってもとりあえず減免申請を行うべきであるという意見も強い。日本では、公取委は課徴金免除申請を比較的簡単に認めて継続的協力義務も緩やかである⁵²。さらに課徴金免除申請を行った行為についても、証拠が不十分である等の理由で調査を開始しない事例も多いといわれる。

⁵² 独占禁止法上の減免申請についても、公取委は減免申請者に対して追加的に報告を求めて、それに応じない者については減免の利益を与えないことができる。そのため、公取委は法制上 EU 競争法の継続的協力義務を課すのと同等の運用を行えるものと考えられる。

そのため、現時点で見ると、日本企業のほうが欧米企業よりも、国内カルテルへの参加を社内調査で発見して、その時点で申請すると調査開始前の申請として免責を受けることができる場合には積極的に免責申請を行っているとは評価される。

その誘因として、減免申請しなかったことにより発生する、課徴金額また課徴金額の差額相当額を取締役に賠償することを求めるという、役員個人の責任を問う株主代表訴訟の脅威が強く主張される。そのため、カルテルへの参加を発見した場合、他社に先に申請されるリスクを考えると、直ちにカルテルを止めるように指示することにとどめず、減免申請をせざるを得ないと説明される。

現実にも、談合で高額な課徴金納付命令を受けたことに関して、株主が、会社役員に対して、課徴金相当額を賠償するように求める株主代表訴訟を提訴している。今後株主代表訴訟の結果が減免申請の判断に大きな影響を与えるものと予想される。

(3) 欧米での免責申請の実務

欧米では、カルテルへの参加を発見しその時点で申請すると調査開始前の申請として免責を受けることができる場合でも、とりあえずカルテルを止めさせるが、直ちに免責申請を行うのではなく、免責申請を行うか否か（減免を申請するか否か）はさまざまな要素を総合判断した上での経営上の判断であるとされる。この場合、免責申請することによるデメリットとしては、①損害賠償責任の可能性、②業界内での評判や社会的評判への悪影響、③免責が認められることの困難さ、継続的協力義務を果すための負担の重さ、④他の商品に波及する可能性などがあげられる。欧米においては、日本のように株主代表訴訟がリニエンスの申請の懈怠に対する大きなリスクとしてあげられて、免責申請するためのインセンティブになるとは評価されていない。現実にも、欧米ではリニエンスの申請を行わなかったことについての取締役が損害賠償責任を認めた株主代表訴訟はほとんどないとされる。

しかし、一般に、米国企業は米国国内カルテルに関して刑事罰等によるリスクが極めて大きいためにアムネ스티申請をする傾向があり、欧州企業は欧州域内カルテルに関して免責申請を行うか否かについてより慎重に決定する傾向が見られる。

(4) 国際カルテルへの対応

国際カルテルについても、国際カルテルへの参加の疑いを社内調査で発見しその時点で申請すると調査開始前の申請として免責を受けることができる場合に競争当局に免責申請を行うべきか否かを決定する必要がある。

国際カルテルでは格段と制裁等のリスクが大きいため、免責の申請を行わざるを得ないことが多いものと考えられる。

国際カルテルについて調査開始前の免責の申請を行う場合には、一定の実質的売り上げがある国の競争当局への同時申請することにせざるを得なく、それを確実にすることが重要になる。これまでの施行実績からみて、米国、カナダ、欧州、日本、韓国、オーストラリア、ニュージーランド、ブラジル、南アフリカなどの競争当局への同時申請が検討され

る。いずれにせよ、各国当局への同時申請を確実にを行うためには、国際的な法律事務所のネットワークを利用せざるを得ない⁵³。

さらには、徹底した社内調査を行い、判明した違反事実についてさらに免責の申請を行うこと（米国では第 2 順位以降の場合のアムネ스티・プラスの活用）も検討すべきことになる。

3 実効性のあるコンプライアンス体制の構築

根本的には予防的にカルテルの疑いを受けないような、さらにはカルテルの疑いを受けなくても反論できるような社内体制の整備が望ましいことはいうまでもない。

カルテルに特化したコンプライアンスプログラムについても、これまでコンプライアンスプログラムの実効性確保のために必要とされてきた事項はそのまま当てはまる。

法務担当責任者の社内的地位の向上、法務担当責任者と経営トップとの距離を短縮すること、経営トップ主導で行うこと、法務部門と営業部門の有機的な連携を図ることなどである。これまでは、形式的にコンプライアンスプログラムが作成、実施されているにとどまり、カルテルが繰り返し摘発される事例がよく見られた。

今日では、秘密裏に行われるものでも、ハードコアのカルテルは露見し、摘発される可能性が高まっている。摘発による経営基盤や社会的な評判へのダメージも飛躍的に大きくなっている。

カルテル対策に特化した対策としては、①事前許可による同業他社との接触制限により疑いを受けない体制を構築し、②事後報告により疑われた場合に反論できる体制を構築することに尽きる。

前者の同業他社との折衝制限ルールにより、同業他社との接触は、合理的な必要性がある場合を除き回避すること、同業他社からの価格情報の入手はもちろん、規格設定に向けた協議、JV 設立、事業再編に向けた協議などの合理的な必要性にある場合を除き、親睦的な会合を含めて同業他社との会合に出席することを制限すること、また会合に参加する前に法務部門等に事前に申請することなどの対応が考えられる。

後者については、同業他社との接触の場において、話題が競争上重要な情報に及んだ場合には、議論を続けることを拒否し、それでも議論が続く場合には退席すること、それに加えて退席の事実を記録にとどめて責任者に提出すること、すなわち会合ごとに事後報告によって問題となる事象のなかったことを記録に残すことなどの対応が考えられる。

さらに、毎年 1 回というように定期的、継続的な監査を続けていくことが必要である。

ただし、日本企業、外国企業を問わず、カルテルで摘発を受けた業界の企業は実効性のあるコンプライアンス体制が整備されているが、カルテルでの摘発を受けたことのない業界の企業では不十分であると指摘されている。そこで、各事業者がカルテル参加という自

⁵³ 競争当局間における情報交換の進展を踏まえると、今後内容について矛盾のないようにすることも重要になるものと考えられる。

社のリスクを分析して、カルテル対策に特化した対策を講じるためにどこまで人材と資金を投入すべきかを判断することになる。すなわち、コンプライアンスプログラムの作成は弁護士等の仕事であっても、どこまで人材と資金を投入してそれを活用するのかは経営判断である。

第4 競争法の域外適用と制裁金の二重賦課

1 国際カルテルに係る法律上の問題点

多国籍企業にとっては、世界のどこでカルテルを形成実施しようとも、域外適用によって巨大市場である米国とEUの競争法の適用は避けがたい状況にある。

また、国際的なカルテルについては、域外適用の限界が昔から法律問題として論じられ、制裁金の二重賦課が最近大きな法律問題となっている。今日この問題の核心は、各国制裁金額が適正であることを確保するところにある。

2 競争法の域外適用

日本企業は、国際化が進み多国籍企業化しているため、大きな市場で、自己の商品の売上額の大きい（事業活動を行っている）国の競争法の適用は避けて通れない。具体的には米国反トラスト法とEU競争法である。カルテルは世界のどの国で行おうとも、米国市場、欧州市場でカルテル対象商品の実質的な売り上げを有し、さらにカルテル対象部品が組み込まれた完成製品が米国市場、欧州市場に輸出されている限り、それらの市場に悪影響を及ぼすとして、米国反トラスト法とEU競争法の適用対象となるものと評価される。

競争法の立法管轄権については、国外における行為についても自国市場に実質的な効果を及ぼす場合に自国競争法を適用するという効果主義が確立している。今日では、各国競争当局が、国外で行われた自国市場に実質的影響を及ぼすカルテルについて、当該カルテルの破棄を命じる排除措置を命じて、当該国におけるカルテル対象商品の売上高を算定基礎とする制裁金の納付を命じることに理論上の問題および実務上の障害はなくなっている。実際にも、米国司法省、欧州委員会からカルテルで摘発された企業が、たとえそのカルテルが国外で形成実行されたものであるとしても、正式手続において管轄権の不存在の抗弁を主張して争うことはなくなっている。

また、もともと日本の完成品メーカー向けの国内原材料・部品メーカー間の国内談合が行われて、当該完成品メーカーの海外進出、現地生産が進行したため、海外進出先の企業も当該談合の対象となった事例で、当該談合が日本において日本企業間で行われている場合でも、当然に海外進出先の国の競争法によるカルテル規制の対象になる。ワイヤーハーネスなどの電線関係のカルテル、自動車部品カルテルにはそのような側面があったと指摘されている。

ちなみに、独占禁止法については域外適用が開始された段階にある。ただし、そもそも日本市場において外国企業がそれほど進出してきていないことや、現行課徴金制度の算定

方式から来る制約もあって、それほど活発でない。

それと比べて、米国反トラスト法と EU 競争法はきわめて活発に域外適用を行っている。反トラスト法における外国で形成実施されたカルテルについての外国所在の外国人の米国刑務所への収監、EU 競争法における国際市場分割協定に対しての EU 域内の売り上げのない事業者に対する行政制裁金の賦課などがそのような運用の典型例となる。

また、欧州委員会のカルテル調査について、各社が行政制裁金の減免申請を行う場合には、少なくともそれら減免申請を行った会社については EU の管轄権を自ら承認したもの（応訴管轄が成立する）と評価される。司法省によるカルテル調査でも、司法取引による合意が成立した場合には司法取引の合意書には管轄権を認めたことが明記されるが、刑事罰金額の減額を求めて司法取引の交渉に応じていること自体から、その会社は米国の管轄権を承認していると評価される。

今日でも、競争当局は、外国における立入検査の実施というような他国における物理的な力の行使や確定制裁金納付命令の外国での強制執行は行わず、さらに外国に所在する被告人が出頭してこない場合の刑事裁判手続の進行は差し控えるが、そのほかには外国の行為についての法適用に対する障害はほとんどなくなっている。

現実にも、マリホース事件以降、主要な国際カルテルについて、米国、EU、日本などの競争当局は、免責申請者から同意を得てその情報を共有して、同時かつ一斉に調査を開始している。

域外適用の問題として、自国子会社がコントロールしていない、国外本社の保有する重要文書（または国外のサーバーに保存された電子データ）についての当該子会社への文書提出命令の効力が問題となっている。しかし、リニエンシー制度が活用される現行調査のもとでは、この問題は国際カルテル認定の大きな障害とはなっていない。

域外適用の限界として、国際的な部品カルテルに関して、最終完成製品に組み込まれて自国にその最終製品が輸入されている場合に、その最終完成製品に組み込まれているカルテル対象部品の価額、すなわち完成製品価格の一定比率を自己の制裁金の算定基礎とすることが、カルテル対象部品を使用して完成製品を製造することは他国における事業活動であるために域外適用として許されるかが問題となっている（日本で現在審判で係争中のブラウン管カルテル事件はこの問題にもかかるものである）。

この問題は、当該完成製品製造地の国が当該部品カルテルに対して制裁金を課す場合には、まさしく次の制裁金の二重賦課の問題となる。

3 制裁金の二重賦課

制裁金の二重賦課の問題は、国際的な部品カルテルのような完成品が輸出されるカルテルのほか、国際航空運賃カルテルなどのように同一行為について必ず両当事国が管轄を持つ国際カルテルについて発生する。

制裁金の二重賦課の問題については、基本的に制裁金を課すことは各国の主権の行使で

あって、その結果として、事業者への刑事罰金額、制裁金額について同一カルテルに対して二重に賦課することになることはありうる。そのため、各国競争当局から制裁金納付命令等が発行された後に、その制裁金額について不服申立てを行い争っても、二重賦課を理由として勝訴することは容易でない。

そこで、現在では、二重賦課を回避するために、各国競争当局に制裁金額の算定において国際礼让の観点から同一違反行為による売上げが二重に両国で制裁金額の対象売上げとされないように配慮してもらうことが実務上の対応策となっている。実務的には調査段階において弁護士から、二重賦課に該当する売上高を算定基礎金額からはずす、または二重賦課が生じないように算定基準を工夫するよう各国競争当局が裁量権を行使することを主張することになる。実際にも米国司法省は最初の司法取引の合意において二重賦課の回避の観点も含めて当該事件に即した刑事罰金額の基本的算定方式を決定するものとされる。

現実にも米国発着太平洋路線の国際航空貨物運賃に関する国際カルテル事件の処理において、米国司法省は罰金額算定の基礎金額について日本から米国への国際航空貨物運賃（航空貨物運送役務）に限定している。

長期的には、国際カルテルについても二国間協力協定に基づき協力を行う競争当局間で二重賦課が生じないようにできる限り制裁金額（の算定方法）について調整も行うようにすることが望ましい。国際的企業結合案件において、二国間協力協定に基づき協力を行う競争当局間では矛盾した排除措置命令を発行しないように、その内容についてできる限り調整を行うことと同様である。実務上競争当局にとっても、部品カルテル事件で当該部品を組み込んだ完成製品が販売、輸入されているとき、対象部品の製造地・組立地などを正確に事実認定して適正な制裁金額を算定することも容易でないために、各国の利害を調整した何らかの簡易な算定方法の考案が望ましいことになる。ただし、現在のところ、主要競争当局は、同時に一斉調査を開始した国際カルテルについても、独自に調査を行い必ずしも同一違反事実を認定していない。そのため、競争当局間で、同一違反事実を確定して制裁金額について調整を行うことはかなり先になるものと見込まれる⁵⁴。

ちなみに、EU域内においては、同一カルテルに対して後から行政制裁金納付を命じる競争当局は、先行して行政制裁金を命じた加盟国における行政制裁金額を勘案して課徴金額を決定するルールとなっているが、国際間で同一ルールを確立・実施することは難しい。

⁵⁴ 日、米、EUでは、カルテル事件の処理期間は大きく異なっている。日本では、立入検査から約1年間で事前通知がなされる。EUでは、立入検査から決定まで3.5年間要している（2009年講演による）。これに対して、米国では事業者やその従業員ごとに、司法取引により五月雨式に処理される。

日、米、EUでは、公表される違反事実の精粗についても格差がある。司法省の司法取引書で違反事実は大まかにしか記載されない。欧州委員会の決定書には詳細な違反事実が記載される。公取委の命令において公表される違反事実はその中間である。

このような処理期間の差異、公表違反事実の精粗は、二重賦課の問題の解決を一層困難なものとしている。

第4章 独占禁止法の行政手続の見直し

第1 検討のための前提条件

1 基本的視点

行政調査の見直しにあつての基本的方針については、抜本的に一気に解決を図るべき課題ではなく、一步一步漸進的に変更を図っていくべき事項である。

懸案事項の中でも、行政審判制度は本質的に不公正な手続であつて廃止すべきこと、独占禁止法の基本体系について国際事業活動ルールとして国際標準の競争ルールに移行すべきこと、制裁については裁量性の導入は適切な執行に不可欠であることは結論が明白であつて、できる限り速やかな実現の望ましい事項である。

ところで、弁護士・依頼者間の秘匿特権と弁護士立会いについては、欧米では、基本的人権の保護、防御権の保障に由来するものとして、刑事調査、行政調査を問わず認められている。他方、日本では、刑事調査、行政調査を問わず、弁護士・依頼者間の秘匿特権、弁護士立会いは認められていない。それだけ、現時点では基本的人権を優先させる欧米の法文化と実体的真実の発見を優先させる日本の法文化との差異が大きいことを意味する。そこで、全ての行政調査について弁護士・依頼者間の秘匿特権、弁護士立会いは当然に認められるべきであるという立場はとれず、独占禁止法違反の行政調査に限定して先行して弁護士・依頼者間の秘匿特権、弁護士立会いを認めるべきかが問題となる。

また、行政調査のあり方については、これまで競争法違反その中でも特に重大な違反とされるカルテルへの行政調査がもっぱら問題とされてきた。カルテルへの制裁手段と手続は、各国で大きく異なっている。たとえば、米国では刑事罰と三倍額損害賠償を制裁手段とし、欧州各国は行政制裁金を主たる制裁手段とし、日本では行政上の制裁である課徴金と刑事罰を併用している。このため、行政調査と刑事捜査とで目的や調査権限・手続が異なっている。しかも、刑事制裁を取り上げても、法人にも刑事責任能力を認めて、司法取引を用いて五月雨式に被告人ごとに事件を処理していく米国方式の刑事手続と、大陸法系で自然人の道義的責任を問い、必要的事実審理で共犯者について一括して事件処理する日本方式とでは大きく異なっている。さらに、いずれの制裁手段によるにせよ、近年カルテルへの重罰化が目立つように、時代によって制裁の重さも大きく異なっている。このため、米国、EUのカルテル調査のあり方と比較して日本の行政調査のあり方を導くことはできない。

この点で、日本の公取委の行政調査と同格の調査手続は、比較法的には、刑事捜査である司法省によるカルテル調査ではなく、司法省によるシャーマン法2条違反等の民事調査、連邦取引委員会による行政調査、欧州委員会による行政調査である。したがって、公取委による行政調査との見直しに当たってはそれらの調査手続のほうが参考になる。

公取委による行政調査では、立入検査による入手文書と供述録取による従業員等からの供述調書が主たる立証手段である。欧州委員会による行政調査では、立入検査による入手

文書と情報要求に対する企業からの報告書（回答書）が主たる立証手段である。米国司法省による民事調査と米国連邦取引委員会による行政調査では、文書提出命令による提出文書と証人尋問による証人尋問調書が主たる立証手段である。

このように、日本では取調べ方式の供述録取による供述調書、米国ではコートレポーターによる一問一答方式の弁護士立会いの証人尋問による証人尋問調書、EU では情報要求に基づく会社の報告である報告書が主たる立証手段となっており、その点で行政手続についても大きな差異が見られる。比較法的観点から、日本の供述調書中心の行政調査を見直す場合は、一問一答方式の弁護士立会いの証人尋問による証人尋問調書と情報要求に基づく会社の報告である報告書のいずれの立証手段を選択、重視するのが問題となる。

いずれにせよ、行政調査の見直しにあっては国際標準が何かによって一気に全面的な解決を図ることは到底期待できず、漸進的に見直していくべきものと考えられる。

とはいえ、被疑者の身柄拘束を前提とする、日本特有な精密司法といわれる刑事捜査における供述調書中心主義をまねて来た、公取委の審査実務や立証手法全般を見直し、広く先進国で採用されている弁護士・依頼者間の秘匿特権を導入し、次第に制裁が重くなるに依じて、行政事件の適正な解決を図るために、強い権限を有する行政当局の収集した証拠を实体真実発見の障害とならない範囲において開示していくことは、長期的には順次実現していくべきテーマであると考えられる。

それらの実現を図るために、より根本的に、社会的に企業の法令順守体制を一層整備して、さらには弁護士の職務上の倫理の確立を図るべきであることはかねてから指摘されている通りである⁵⁵。

行政調査の見直しについては、これまで i 供述録取における弁護士立会い、ii 求めによる供述調書の交付、iii 弁護士依頼者間の秘匿特権の付与、iv 手持ち証拠の開示の 4 点が問題とされてきた。

しかし、弁護士立会いを認める場合には、単独行為、カルテル以外の共同行為を含めて独占禁止法違反行為全般についてこれまでのような自白調書の作成・活用による供述調書中心の立証はできなくなる可能性が高い。そこで、弁護士立会いについては、弁護士立会いを認めた後における独占禁止法違反行為の立証手段のあり方を見通して議論する必要がある。そこで、ii 求めによる供述調書の交付は、i 供述録取における弁護士立会いに含まれるものとして独立した検討項目とせず、①弁護士依頼者間の秘匿特権の付与、②手持ち証拠の開示、③供述録取における弁護士立会いの 3 点について個別に検討を行った⁵⁶。

⁵⁵ 2005 年改正前には、企業が証拠書類を組織的に廃棄したり、弁護士が自宅に証拠書類を保存するよう指導する事例もあったといわれる。

⁵⁶ 現在刑事捜査で問題となっている、可視化・可聴化の問題は、身柄拘束のない行政調査においては弁護士立会によって解決できるものと考えられる。

2 他の行政調査との関係

平成 22 (2010) 年改正法案附則 16 条では、刑事手続との整合性をとる旨の要請を削除した。そのために、刑事捜査と行政調査の見直しは別々に行うことになり、今回の独占禁止法の行政調査の見直しに当たっては、基本的に他の行政手続との整合性のみを検討することで足りる。

この場合、公取委のカルテル調査と比較の対象となる他の行政手続として、刑事罰を科すための刑事告発を目標とする行政調査手続である犯則調査手続を導入している、租税法と金融商品取引法による行政調査があげられる。そのなかでは、租税法の世界は税理士会の存在など歴史的に独特の法領域を形成してきている。歴史的にも（とりわけ米国では）競争法と金融商品取引法（証券取引法）とは互いに関連領域として発展してきており、まずは独占禁止法と金融商品取引法による行政調査の整合性が問題となる。

そこで、適正手続の保障（防御権の保障）の観点からの行政調査のあり方の見直しについて、独占禁止法について見直しを金融商品取引法の見直しよりも先行させるのか、あるいは独占禁止法、金融商品取引法共通の日本における行政調査のあり方を考えるのかという論点がまず問題となる。

独占禁止法では、課徴金額は不当利得を上回る金額であって課徴金は行政上の制裁と位置づけられている。現行課徴金減免制度が現実に機能して、カルテル立証手段として威力を発揮しているとともに、高額な課徴金が独占禁止違反行為に対して違反抑止力を発揮している。これに対して、インサイダー取引、相場操縦、粉飾決算などの金融商品取引法違反については、金融商品取引法上の課徴金は不当利得の剥奪を理念とするものであって、課徴金額も比較的 low にとどまっており、課徴金減免制度の効果は、独禁法と比較すると高くないといえる状況にある。

また、独占禁止法では、管轄権原則としての効果主義のもとで、国際カルテル審査についての競争当局間協力が進行しているうえ、現実にも平成 19 (2007) 年マリンホース事件調査以降、主要な国際カルテルに対しては米国、EU、日本の競争当局が同時に調査を開始している。この点でも金融商品取引法による国際的な調査体制が独占禁止法ほど進行しているとは評価されない。それらの点を総合的に評価すると、独占禁止法による行政調査のあり方の見直しを金融商品取引法、さらには他の行政調査に先行させることが相当であると考えられる。

ただし、他の行政調査の先例や実務とは別に、独占禁止法の行政調査を先行して見直すことから、秘匿特権、弁護士立会を認める場合、当面は運用や試行によって実施していくことが相当である。

第 2 弁護士依頼者間秘匿特権

弁護士依頼者間秘匿特権 (attorney-client privilege) とは、依頼者が安心して弁護士に相談できるために認められるものであって、弁護士に全てを打ち明けて適切な法的助言を得るといふ弁護士依頼権に基づき依頼者の手元にある文書等について依頼者に提出拒否権

を認めるものである⁵⁷。

このような秘匿特権を認める効果は、公取委の国内事件調査において、企業側が立入検査時の文書提出命令等に対して、秘匿特権の対象となる文書等の提出を拒絶できるところにある。秘匿特権の付与は、カルテルについての課徴金減免制度の減免の申請を促進するためにも望ましいと評価される。この特権がないと、日本では、弁護士による法的助言を口頭で行わざるを得ないのみならず、同一会社内でも弁護士による法的助言等を文書化して連絡することができないということになりかねない。

また、秘匿特権については、損害賠償請求訴訟が係属している米国民事裁判所からの証拠開示による文書提出命令に対して、秘匿特権の対象となる文書の提出を拒絶できるようにする点に大きな意味があるとされる。

その点で、日本において秘匿特権が認められていないために日本企業が当該通信文書を日本の裁判所の文書提出命令に従って提出したり、公取委による当該文書提出命令に従って提出する場合に、米国民事裁判所からの証拠開示による文書提出命令に対して、米国の秘匿特権を放棄したものの評価されて対象文書を提出せざるを得ないことになるおそれがある。

この点で、米国司法省は、自らの調査において、日本で日本企業が当該通信文書を日本裁判所の文書提出命令に従って提出したり、公取委による当該文書提出命令に従って提出される場合には、自発的に第三者に提出したものと評価されず、当該通信文書は米国の秘匿特権の対象になるとしている。ただし、当該民事訴訟が係属している米国民事裁判所が全て同一解釈を採用するとは限られないことから、日本でも日本企業を米国企業よりも不利な立場に置かないためにも、日本でも秘匿特権を認めることが望ましい。

また、秘匿特権を認めたとしても、課徴金減免制度のもとでは、減免申請者である事業者は真実を報告することになる。したがって、課徴金減免制度の下では秘匿特権を認めることはそれほどカルテル立証の障害とならない。さらに、調査への重大な協力・非協力によって課徴金額の増減を行える裁量型課徴金制度を導入すると、減免申請者以外の事業者からも真実が報告される可能性が高い。さらに、当該弁護士の行為・助言が違法行為に該当する場合（後日従業員の供述等で判明することがある。）は、当該文書は秘匿特権の対象から外れると解されており、濫用される危険も少ないものと評価される。

また、秘匿特権の具体的な行使手続は、立入検査時のように、競争当局の担当者が秘匿特権に該当するか否かの判断を留保して係争文書・電子データを持ち帰るのか（その場合、欧米の競争当局では係争文書等について別途封筒に入れるなど分別して管理する方法がとられる）、ディスクバリーの提出命令のように、企業側が秘匿特権に該当するとして提出しな

⁵⁷ 刑事訴訟法 105 条は、弁護士等が業務上委託を受けて保管又は所持するもので他人の秘密に関するものについて押収拒否権を認めている。この押収拒否権は、弁護士等の業務についての社会一般の信頼を確保して、一般人に安心して弁護士等を利用できるようにしたものと解される。押収拒否権の対象となる物には、依頼者が弁護士に相談するために作成した文書、弁護士が依頼者からの相談事項をメモしたもの、相談に対する回答を記載した文書も含まれる。ただし、この押収拒否権は、依頼者の手元にある文書には及ばないと解釈されている。

いことにするののかによって異なる。ただし、秘匿特権を認めたとしても、米国、EU の実務を前提とすると⁵⁸、公取委による立入審査の実施に支障をもたらすものではないと評価される。

しかし、各国とも弁護士依頼者間秘匿特権の内容については判例法を通じて形成されその内容に差異があるため、独占禁止法違反の行政調査に限って弁護士依頼者間秘匿特権を認める場合に、①社外弁護士のみならず、社内弁護士も対象とするのかなどの対象となる弁護士の範囲、②相談のために依頼者が作成した文書等、特権で保護される通信文書の範囲、③任意で第三者に開示した場合などの特権の喪失および放棄事由について詰める必要がある。独占禁止法上の行政調査について先行して秘匿特権を認めるためその要件がかなり厳格なものとなることはやむをえないものと考えられる⁵⁹。

第3 手持ち証拠の開示

1 改正法案による開示される証拠の範囲

手持ち証拠の開示については、直接裁判所に提訴するという取消訴訟方式を採用した独占禁止法改正法案の作成時に、一応政治的な解決が図られている。

すなわち、改正法案 52 条は、この問題について次のように規定している。

当事者は、意見聴取の通知を受けた時から意見聴取が終結するまでの間、意見聴取に係る事件について公取委が認定した事実を立証する証拠の閲覧を求めることができる（52 条 1 項）。当事者は、閲覧対象となる証拠（公取委が認定した事実を立証する証拠）のうち、自社が提出した物証および自社従業員の供述調書については、謄写を求めることができる（52 条 1 項かつこ書き）。当事者が、意見聴取の進行に応じて必要となった証拠の閲覧又は謄写をさらに求めることを妨げない（52 条 2 項）。公取委は、第 3 者の利益を害するおそれがあるときその他正当な理由があるときでなければ、閲覧または謄写を拒むことができない（52 条 1 項 2 文）。

したがって、しばらくは改正法案で導入される証拠の閲覧・謄写制度の運用状況を見ていく必要がある。基本的には充実した事前聴聞を実現するように運用することが重要である。

なかでも、当事者が、意見聴取の進行に応じて必要となった証拠の閲覧または謄写をさらに求める場合に、閲覧または謄写を拒むことができることになる正当な理由の有無について、それら証拠につき手続管理官がインカメラ手続と同様な手続でその証拠を提出させた上でその証拠の重要度を判断して正当な理由の有無を決定することになるものと想定さ

⁵⁸ 分別管理された書類が秘匿特権の対象となる通信文書に当たるか否かは、第 1 次的に米国では司法省の別の検事からなるチーム（filter team）が判断し、EU では聴聞官が判断する。この段階でこの問題はほぼ解決している。秘匿特権に該当する文書に当たるか否かは最終的に裁判所が判断することになるが、実務上その段階まで行くことはない。

⁵⁹ 弁護士依頼者間の秘匿特権の付与は、安心して弁護士に全てを打ち明けて適切な法的助言を得るために認められた依頼者の権利を保障するものであって、広く先進国において認められている権利であるため他の調査手続においても検討するべきものである。そこで、日本弁護士連合会が、弁護士倫理の確立にあわせて、行政調査等における弁護士依頼者間秘匿特権についての対応方針を明らかにすることが望ましい。

れる。手続管理官が大きな役割を果たすことを認識してその責任を果たすとともに、後日裁判所に当該事件が提訴された場合に裁判所が手続管理官による決定の過程を検証できるようにしておくことが重要である。

比較法上も、公取委は全面的な手持ち証拠の閲覧・謄写まで、すなわち EU のような一件記録へのアクセス、全面的な証拠の開示（閲覧・謄写）までは求められないと考えられる。そのことは、①EU 競争法におけるファイルへのアクセスは EU 法の中でも特別な手続であってその他の法分野では認められていないこと、②米国のカルテル刑事調査においても一番重要な司法取引における交渉において被疑者に収集証拠をどこまで示すかは担当官に任されているうえ、実務上関連証拠が必ずしも開示されるとは限らないこと、③シャーマン法 2 条に基づく民事調査において民事提訴後も収集証拠が全て開示されることはないこと、同様に連邦取引委員会法 5 条に基づく行政調査において正式審判開始後も収集証拠が全て開示されることはないことから裏付けられる。

2 今後の課題

改正法案では、公取委が認定した事実を立証する証拠のうち、自社提出物件と自社従業員の供述調書の閲覧謄写を認めるが、他社提出物件と他社従業員の供述調書については閲覧にとどめている（実務上は担当審査長によるこの閲覧のさせ方が問題となる）。

しかし、公取委が執行力を有する命令を先行して発すること、東京地裁における取消訴訟を有効に機能させるために事前聴聞を充実させていく必要があることを考えると、事前通知時に、他社の提出文書や他社従業員の供述調書などを含めて違反行為を立証する証拠の閲覧謄写を認めることが望ましい。

比較法上も、米国における、シャーマン法 2 条違反での民事提訴段階、連邦取引委員会法 5 条違反の正式事前審判開始時においては、未だ執行力のある命令は下されていない。したがって、正式手続開始後に違反行為を立証するための証拠を提出することで足りる。ところが、日本、EU では、執行力のある命令が先に下されて、その命令に対して裁判所に取消訴訟が提起される。そのために、EU の事前手続では、異議告知時に一件記録が全て開示されて事前聴聞で事実上、法律上の主要論点について十分な議論が行われる。日本でも、事前手続である事前聴聞段階で少なくとも違反行為を立証するための証拠を開示して実質的な審理を行い、事実上、法律上の主要論点については議論を尽くし公取委はそれらの論点についての見解を命令において明らかにすることが望ましい。取消訴訟が提起されてから取消訴訟において公取委が違反行為を立証するための証拠を提出して違反行為の立証を行うのでは、執行力ある命令に対する再審査という取消訴訟本来の役割を果たすことができない⁶⁰。

⁶⁰ 証拠開示については、損害賠償請求権者などの第三者に対する開示も問題となるが、ここでは処分の名宛人に対する証拠開示の問題を取り上げている。なお、今日、欧州では、調査段階、裁判所での正式手続段階を問わず、リエンシー申請関連証拠について損害賠償請求権者に開示すべきかが大きな問題となっている。

第4 現行の供述調書中心主義の見直し

1 3つの選択肢

前提条件として、前述の通り、求めによる供述調書の交付については、弁護士立会いの問題の中に含まれるものと評価されるため、独立のテーマとしては取り上げない。弁護士立会いを認める場合は、同席した弁護士がメモを取るため原則として供述調書交付の必要はなくなる。さらに、(供述調書は競争当局の作成文書であって) 供述者に供述調書を交付し、その内容を確認させて、その希望通りに供述調書内容を修正しなければならないとまではいえない。

ここでは、現在行われている任意ベースの取調べ方式の供述録取を任意の供述録取といい、任意の供述録取により作成し供述人にその内容を読み聞かされて署名捺印させたものを供述調書という。他方、審尋による供述録取により作成された調書は審尋調書と呼ばれる。審尋調書の様式については、現実に実施されることもなかったため、供述調書や一問一答方式の証人尋問調書との差異は必ずしも明確になっていない。

行政調査における自然人の供述の記録の仕方、様式については、各国ごとにかなり大きな差異が見られる。米国における自然人の供述の記録は、(証人出頭のサピーナまたは民事調査要求に基づく) 証人尋問方式で作成される証人尋問調書または供述録取により作成される聴取書である。EUにおける自然人の供述の記録は、供述録取により作成される聴取書や一方的に供述内容を提出する(日本の) 上申書に類似している。

取調べ方式の供述録取による供述調書作成や供述調書に頼る違反行為の立証は日本特有の行政調査の手法である。

このような調査手法はもともと被疑者が身柄拘束される刑事捜査において有効な調査手法であって、現行の公取委による行政調査は刑事捜査手法をまねたものと解される。したがって、事件関係人に対する身柄拘束がなされない行政調査において今後とも維持していいのかは明白ではない。ましてや、弁護士立会を認める場合には供述調書に頼る違反行為の立証という調査手法を見直していかざるを得なくなる可能性が強まる。

したがって、弁護士立会の問題については幅広い観点から検討する必要があるが、この問題についてこれまでになされた数多くの提言を踏まえ、かつ前述の米国の行政調査・民事調査、EUの行政調査のあり方を参考にすると、次の三つの選択肢が検討の対象となる。

第1案は、現行の供述調書中心の審査実務の中での改善を図っていくこと、第2案は、直接関与した従業員に審尋を行い必要に応じて職務妨害罪を科して、供述者に真実を供述させていくこと、第3案は、事業者に対する報告命令、情報提供命令によって、事業者社内調査を行って真実を報告させていくことである。

ちなみに、第2案は、自然人の責任を追及して刑事罰を活用することにつながり、第3案は事業者の責任を追及して行政制裁金を活用することにつながる。

第1案は、立入検査と任意の供述録取を主たる立証手段とする現行審査実務を維持して、すなわち、直接関与した従業員への任意の供述録取による供述調書を活用することとして、

そのなかで聴取時間の制限など供述録取に関する環境を改善する方法である。

供述調書は、違反行為に係る主要事実のみが簡明に記載されているため、裁判官、審判官等の裁定者には利用価値の大きいものである。

また、公取委の任意の供述録取は、同じ在宅の供述録取であっても、身柄拘束、逮捕を背後に控えているところの刑事捜査の供述録取とは心理的に大きく異なる。実際にも、公取委の取調べによる供述録取の態様は、警察や検察の取調べによる供述録取と比較すると、緩やかなものであると評価されてきた。いわゆる冤罪の発生をもたらすようなものではない。したがって、過度に威圧的な取調べが行われないように留意することで弊害のかなりの部分はなくなるものと考えられる。

課徴金減免制度導入後、公取委は、協定参加者や協定内容について、課徴金減免申請者から報告を得て、その従業員から供述を得ることができる。そのため、カルテルを立証するために減免の対象外の会社の担当従業員を呼び出して違反行為を自認させる必要性は乏しくなっている。

また、継続的な協力義務が課されている減免申請者に対する供述録取については弁護士が立ち会っても何ら調査の障害とならないはずである。特に、法律上の制約のある問題ではないため、試行・運用により弁護士立会いを認める供述録取を拡大していくことも考えられる。むしろ、欧米では、業界の専門知識および法律的専門知識を有する弁護士が同席するほうが効果的な供述録取がなされると評価されている。

ただし、課徴金減免の対象でない事業者の従業員の任意の供述録取について（会社又は供述人の）弁護士立会いを認めると、現行のような自白調書を作成する目的で任意の供述録取を行うこと、また現実に自白調書を作成することは不可能になるものと予想される。

第2案は、審尋を活用して、原則として審尋を行い審尋調書を作成することとし、偽証や不正確な供述に対しては職務妨害罪で告発して供述者に真実を供述させるようにする方法である。この目的で作成される審尋調書は、一問一答方式の証人尋問調書に近いものになると考えられる。

基本的に違反行為を行った自然人の責任を追及する方法であって、刑事捜査に近い手法であって、最終的にはカルテルに対しての刑事告発、刑事罰で違反抑止を図っていくことを指向することになる⁶¹。

この場合には、審尋に当該供述人の弁護士が立会い、異議の申立て等を行えることにすることが明白に望ましい。

第3案は、事業者に対する報告命令、質問への回答命令を活用する方法である。

それらの命令に対する事業者の対応によって制裁金について、重大な調査協力・調査非協力に対して制裁金額に加減算を行って、事業者に対して社内調査を尽くさせて真実を報告させるようにする方法である。

⁶¹ 自然人に対する刑事責任を追及する方式を採用する米国では、偽証罪、郵便詐欺（Mail Fraud）、法廷侮辱罪、司法妨害罪などの手続法違反に対する刑事訴追もかなりの数に達している。

独占禁止法の調査は、事業者に対して排除措置、課徴金納付を命じる手続であってこの手法のほうが基本手続との体系上の整合性がとれる。カルテルに対しての事業者に対する行政制裁金で違反抑止を図っていくことを指向することになる。

この第3案のもとで、事業者の従業員からの供述録取によって供述調書を作成する場合、その供述内容についてむしろ事業者にも知らしめて、さらに社内調査等を尽くさせて真実を報告させることになる。最終的に従業員の供述内容と事業者の回答は一致するべきである。したがって、この場合に、会社の弁護士が従業員からの供述録取に立ち会うことで問題は生じない。

2 長期的な方向性と更なる検討を

行政調査、供述録取のあり方については、必ずしも国際標準の点からだけで結論を導けないため、行政調査を行う公取委と行政調査を受ける産業界である程度納得できる実務を見出すことが何よりも肝要である。しかも、実体真実の発見と防御権の保障のバランスに関しては、実体真実の発見を優先する日本社会における法文化と、基本的人権の保護を優先する欧米における法文化の差異についても勘案する必要がある。

第2案については、公取委、経済界ともに、現時点でさらに長期的にもその手法を選択を志向する様子は見られず、現実的な選択肢とはならない。

公取委は、これまでも、後日供述内容が偽証に近いことが判明する事例はいくつもあつたと考えられるが、事件全体として違反事実を立証するに足る証拠を収集できればよいとして、当該供述人が真実を供述していないとして審尋調書を作成して刑事責任を問うことまでは行ってきていない。検察庁も職務妨害罪についていちいち取り上げ刑事罰を科すことには消極的であると評価される⁶²。経済界も弁護士立会いを認めてもらう見返りに、偽証等を理由とする従業員に対する刑事告発による刑事制裁を積極的に活用することまで主張しているとも評価されない。

そこで、弁護士立会の実現や供述調書中心主義の見直しに当たっては、事業者側の法令順守の意識の確立や弁護士の職務倫理の確立という社会環境の整備を進めるとともに、第1案と第3案を中心にさらに検討を進めて、公取委および経済界で当面合意できる方策を詰めることが望ましい。

さらに、行政調査において事件関係者に対する出頭、供述義務を課しており、競争法違反についての刑事罰規定を有するため、法的枠組みが日本の法制にもっとも類似しているドイツ、フランスの法制度を調査して結論を導くべきものと考えられる。

さらに考えるに、独占禁止法の手続は、審判廃止による取消訴訟方式への移行、行政上の制裁である課徴金中心の違反抑止、さらには裁量型課徴金の創設というように基本的に大陸法系の行政手続に向かっている。その流れに合致するように、行政調査についても長

⁶² 日本では、事業者による組織的な証拠文書の破棄（証拠隠匿）等の重大な手続違反に対してさえも制裁を課すことは行われてきていない。

期的には事業者の責任を問う欧州大陸法諸国の行政調査方法を参考にすることが相当であると考えられる⁶³。

ただし、第3案のもとで、カルテルについては、課徴金減免制度をより効果的に活用できるようにし、課徴金減免の対象外である事業者に報告命令に基づき真実を報告させることを担保するために、また、カルテル以外の独占禁止法違反については、事業者に報告命令に基づき真実を報告させることを担保するために、公取委が欧州委員会のように、裁量型課徴金のもとで、重大な調査協力・調査非協力によって最終課徴金額を増減できることになっていることが必要であると考えられる。さもないと、報告要求を受けた事業者にとって社内調査を尽くして真実を報告するインセンティブがないことになる。したがって、第3案を実現するためにも裁量型課徴金の創設は前提条件となる。

⁶³ 大陸法系では、行政手続と民事手続を分けるが、英米法系では、一括して民事手続と位置づけ民事手続と行政手続とを区別しない。また、大陸法系の行政手続においても、行政調査については確固たる概念は成立していない。しかも、行政手続自体が昔の行政行為の公定力を巡る後論のように、基本的に行政庁優位の手続法である。したがって、行政手続における行政調査という概念が成立するとしてもドイツ、フランスの現行行政調査以上に行政庁を有利に取り扱う必要はないはずである。

第Ⅲ部 研 究 報 告

第1章 独占禁止法における行政調査手続と適正手続の保障

池田 千鶴

第1 はじめに 問題の所在—行政調査手続と適正手続の保障

2010年改正法案の成立後、1年程度をかけて独占禁止法上の行政調査について適正手続の保障の観点から見直すことになっている（2010年改正法案附則16条）¹。この場合、①独禁法の目的である公正かつ自由な競争秩序の迅速な回復を達成するという公益を確保する要請（独禁法1条）と、②被疑事業者の防御権の保障とのバランスを取っていく必要がある。

課徴金減免制度の導入に伴い、被疑事業者の協力を得てカルテルに関する証拠の収集が可能になり、カルテル調査実務が大きく変化している。

この点も踏まえて、公正取引委員会が行う独占禁止法違反行為に対する行政調査手続について、海外と比較して適正手続の保障が不十分であるとの指摘がなされている問題点、具体的には、①弁護士依頼者間秘匿特権の付与、②事前手続における審査官手持証拠の開示、③供述録取時の弁護士の立会い、④供述調書作成時の求めによる供述調書の写しの提供について、論点整理しつつ、詳しく検討する。我が国の独占禁止法における適正手続の保障を十分なものとして、諸外国と比べて遜色がないものとするため、欧米調査の結果も踏まえ、具体的な提言を行う。

以上の点について改める場合には、法改正が必要か、法運用を改めれば足りるかが問題となる。もし運用上の問題であれば、一定期間試行して影響を判断してから、最終的に決定することも考えられる。

なお、改正法案の附則では、他の行政手続との整合性を確保することを求めているため、金融商品取引法における行政調査のあり方との比較については、第2章（松尾直彦執筆）で扱われる。

また、2010年改正法案は、審査未了で、廃案となった。今後は、改めて閣議決定がされて、国会に提出されるかが注目される。

第2 弁護士依頼者間秘匿特権の付与

1 問題の所在—なぜ秘匿特権が必要なのか

独禁法の行政調査手続において、弁護士依頼者間秘匿特権（attorney-client privilege）に関する規定はなく、実務上も弁護士依頼者間秘匿特権を認めておらず、法的助言を目的

¹ 2010年改正法案附則16条は、「政府は、公正取引委員会が事件について必要な調査を行う手続について、我が国における他の行政手続との整合性を確保しつつ、事件関係人が十分な防御を行うことを確保する観点から検討を行い、この法律の公布後一年を目途に結論を得て、必要があると認めるときは、所要の措置を講ずるものとする」と定める。

とした弁護士との通信文書であっても例外なく提出が命じられている。

「弁護士依頼者間秘匿特権」の定義は、独占禁止法基本問題懇談会報告書 36 頁注 23 によれば、「弁護士に対して法的な助言を求めるにあたり、弁護士と依頼人の間のやりとりについては、それに関する証拠の提出や開示手続（discovery）での開示を拒否できるという特権」である。

日本では、立入検査で書類の提出命令をかけるとき、弁護士依頼者間の通信文書を提出の対象外とするわけではないから、その限りで、弁護士依頼者間秘匿特権はないが、このような通信文書をそのまま証拠として扱うことは慎重に扱われている（弁護士依頼者間秘匿特権にかかわる書類から検査妨害の事実が見つかった場合でも、それを検査妨害の証拠として活用しないという意味での弁護士依頼者間秘匿特権は黙示的に享受されている）との指摘がある²。

このような状況の中で、独占禁止法に基づく調査手続において、秘匿特権を正面から認めるべき理由として、①これを認めることにより、弁護士が真実を踏まえて法的助言を行えるようになる、②米国、EU でも認められており、制度の違いが、国際的事件において具体的な不都合を生じさせる可能性がある点が指摘されてきた³。

事件における具体的な不都合として、次のようなケースがある。

開始前に違反が発覚してリニエンシーを申請しようとしたときに、申請すべきか否か、どの範囲で申請すべきか、弁護士と会社で相談をしている。その結果、公取委だけではなく米国司法省や欧州委員会に申請をすることになると、欧米では秘匿特権の保護が得られる。ところが、十分に秘匿特権の保護を配慮して特権を維持するようにコミュニケーションしていても、法務部に公取委が立入検査を行って弁護士とのやり取りも公取委に持って行かれることがある。弁護士を信用して相談した内容が公取委に明らかとなることの不都合に加えて、欧米との関係において、問題となっている事象の全てにおいて秘匿特権の放棄が生じる可能性がある。

また、当局間の国際協力として司法省や欧州委員会などの外国の競争当局との情報交換が行われているが、秘匿特権に保護された情報が日本を抜け道として交換されれば、秘匿特権の意義が失われ、欧米との関係でも秘匿特権の放棄が生じうる。

国際カルテル事件が生じ、日本企業が被告となって米国のどこかの州で 3 倍額損害賠償請求訴訟が提起されている場合、秘匿特権の対象である弁護士との通信文書は米国のディスカバリー（証拠開示）の対象外となる。公取委から調査を受けて、公取委から提出命令が出されて提出した場合に、秘匿特権の放棄になるか。米国では、自発的に当局などの第三者に提出した文書に関する秘匿特権を喪失する。したがって、日本の公取委に提出した文書は秘匿特権の保護を失って、米国の裁判所のディスカバリーに応じて提出せざるを得ないかどうかの問題となる。

² 越知保見『独占禁止法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』（成文堂、2013年）408頁。

³ 独占禁止法基本問題懇談会報告書 36 頁。

これに対し、現状における秘匿特権の導入は適当でないとする理由として、①秘匿特権は、我が国の刑事手続や他の行政調査手続でも認められていない、②米国や EU では、多くの判例の蓄積によって、秘匿特権が認められ、その範囲の明確化が図られてきた経緯がある中で、これをすぐに我が国に取り入れることは困難である点が指摘されてきた。

そこで、以下では、EU と米国における法運用を検討する。

2 諸外国の状況

(1) EU

ア 理論的背景

欧州における弁護士依頼者間秘匿特権（法律専門職特権（legal professional privilege）と呼ばれる）は、欧州司法裁判所の判例法により形成され、欧州委員会の文書調査検証権限の例外として、欧州委員会に対して秘密にすることができる。

1962年に競争法違反手続を定める理事会規則 17号が採択された当時は、弁護士依頼者間秘匿特権は保護されていなかった。1978年に、欧州委員会は、いくつかの加盟国の競争法のルールに従い、防御のために法的助言を求めたり与えたりする文書に限り、EU競争法違反を認定する証拠として用いないことを明らかにした⁴。1982年に、欧州司法裁判所は、AM&S事件で、防御権の行使を徹底することの当然の結果として、弁護士と依頼者間の通信の秘密に対する保護を認めた⁵。

また、欧州人権裁判所は、「弁護士と依頼者間の関係は、原則として、特権で保護されており、両者間の通信は、目的はどうか、私的で秘密にすべき性格（a private and confidential nature）の問題である。原則として、このような書簡は、欧州人権条約8条⁶で保護されている。」と、欧州司法裁判所よりも更に進んだ判示をしている⁷。

イ 要件

弁護士依頼者間秘匿特権が認められる要件は、①欧州で登録している弁護士と依頼者間の書面による通信（written communications）であること、②その通信は、依頼者の防御権を行使する目的でなされたこと、③弁護士は、依頼者と雇用関係にない社外弁護士（independent lawyer）であることである。

人的範囲については、社内弁護士の法的助言には、秘匿特権が認められない⁸。雇用関係にある社内弁護士には、社外弁護士と同等の職業的独立性を確保できず、また、大多数の

⁴ Ivo Van Bael, DUE PROCESS IN EU COMPETITION PROCEEDINGS, p.153.

⁵ AM&S Europe v. Commission, [1982] ECR 1575 (paras.18, 21, 23).

⁶ 欧州人権条約8条は、次のように規定する。「(1) 全ての者は、その私生活、家族生活、住居および通信の尊重を受ける権利を有する。(2) この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、混乱もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他者の権利および自由の保護のため民主的社會において必要な場合以外、公的機関による干渉があってはならない。」

⁷ ECtHR, Campbell v. the United Kingdom, 25 Mar. 1992 (para. 48).

⁸ Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v. Commission, [2007] ECR II -3523.

加盟国では、社内弁護士に秘匿特権を認めていないからである⁹。EU加盟国のうちの1つで弁護士実務を行える社外弁護士であれば、差別なく、秘匿特権が認められる（EUの理念である設立・営業の自由と役務提供の自由に由来する）。EU域外の外国弁護士との通信に秘匿特権が明示的に適用された例はない（米国と異なる。米国では、米国の反トラスト法執行のために、欧州の弁護士に秘匿特権を与えている）¹⁰。欧州委員会は、相互主義に基づく二か国協定により、EU域外の社外弁護士にも秘匿特権を拡大する用意がある可能性を示唆したことがある¹¹。弁理士（patent attorneys）、会計士その他の専門的助言者には秘匿特権は拡大されない。

対象時期・範囲については、原則として、EU機能条約101条・102条の適用に関する決定や制裁金賦課決定に向けた行政手続の開始後に交換された書面による通信の全てが対象となる。手続開始前でも、防御権を行使する目的のためになされた当該行政手続の対象（subject matter）に関係する書面による通信にも保護範囲が拡大される。

対象文書について、①依頼者の防御権の行使の目的のために、社外弁護士との間でなされた書面による通信、②社外弁護士からの法的助言の内容を社内で報告する文書¹²、③防御権の行使のために専ら社外弁護士から法的助言を求める目的で依頼者が作成した内部準備文書（internal preparatory document）も秘匿特権の対象となりうる¹³。他方、単に弁護士と一緒に議論した文書であるというだけでは、秘匿特権の対象とはならない。

なお、欧州第一審裁判所（現一般裁判所）は、外部弁護士と実際に交換しなくても、外部弁護士に実際に送る目的で作成されていないとしても、③のような依頼者作成の内部準備文書は、秘匿特権の対象となると判示している。「『専ら（exclusively）』法的助言を求めるために作成された文書」の解釈が将来の実務上の争点になる¹⁴。

ウ 放棄

弁護士依頼者間秘匿特権は、依頼者の権利であり、弁護士の権利ではない。依頼者は、

⁹ 社内弁護士にも秘匿特権を認めているEU加盟国は、英国、アイルランド、オランダの3か国のみである。これに対し、社外弁護士と依頼者間の秘匿特権は、EUの他、イギリス、フランス、ドイツ、スペイン、イタリア等でも認められている。

ただし、ドイツでは、立入検査までの社外弁護士と依頼者の通信に秘匿特権の保護は及ばず、立入検査後についてのみ秘匿特権が認められているだけで、EUレベルの秘匿特権よりも保護範囲が狭い。立入検査前の書類に保護が及ばないのでは秘匿特権がないに等しく、日本並みにしか保護されていない。

詳しくは、村上政博「独占禁止法基本問題懇談会で残された課題～行政調査の在り方及び行政調査と刑事手続との関係に係るイギリス、フランス、ドイツ実態調査報告～」国際商事法務35巻12号1659頁以下（2007年）、1661頁、越知保見「ドイツ・フランスの競争法執行手続と日本法についての示唆―黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか―」公正取引727号34頁（2011年）、38頁、同「行政調査における防御権と調査妨害～日本固有の問題を分析したうえでの欧州との比較～」国際商事法務38巻2号151頁（2010年）、154頁、164頁参照。

¹⁰ Ivo Van Bael, DUE PROCESS IN EU COMPETITION PROCEEDINGS, p.153.

¹¹ Thirteenth Report on Competition Policy, point 78.

¹² Hilti v Commission, [1990] ECR II-163.

¹³ Akso Nobel Chemicals and Akros Chemicals v. Commission (CFI), [2007] ECR II-3523, para.123.

¹⁴ Ivo Van Bael, DUE PROCESS IN EU COMPETITION PROCEEDINGS, n.213.

自己の判断で秘匿特権を放棄して、当該文書を開示することができる¹⁵。

エ 手続

秘匿特権を主張する手続は、2011年公表の違反手続におけるベストプラクティス¹⁶によれば、以下の通りである。

秘匿特権に関する適切な理由を示し、主張を具体化する資料を提出する責任は、特権を主張する事業者にある。文書が秘匿特権で保護されると単に主張するだけでは、欧州委員会が当該文書を読むことを阻止できない。具体的な主張をするために、文書の作成者、名宛人、担当業務、文書が作成された目的・文脈等を競争当局に告げる。

多くの事件では、立入検査の際に、委員会職員が、全体の構成、見出し、タイトルその他の文書の表面的特徴を一瞥して（*a mere cursory look*）（ざっとみて）、事業者が主張する理由の正確性を確かめる。文書の内容を明らかにすることなく一瞥することが不可能であることを正当化する適切な理由を当事者が示すことにより、当事者は、委員会職員による一瞥すら拒否する権利がある。

立入検査の際に、委員会職員が次のように考えた場合には、委員会職員は、封印した封筒に入れる手続を取ることなく、当該文書の内容を直ちに読み、コピーを取ることができる。①当該文書が秘匿特権で保護されるという主張が具体的でない。②判例法に照らして、秘匿特権の保護を正当化できない理由にのみ依拠している。③明らかに誤った事実的主張に依拠している。

しかし、当事者の具体的主張が上記のような性質ではなく、特に事業者が委員会職員による一瞥を拒否しており、文書が秘匿特権により保護される可能性を否定できない場合には、委員会職員は当該文書のコピーを封印された封筒に入れて、委員会事務所に持ち帰る。

執行規則 18 条（情報要求）、20 条（立入検査）、21 条（事業所以外の立入検査）により委員会により提出を求められた文書が秘匿特権により保護されるか否かについて、競争総局と問題を解決できない場合には、事業者は、聴聞官による閲覧に同意して、聴聞官に検討を付託できる（聴聞官付託 4 条（2）（a））。聴聞官は、当該文書の内容を開示せずに、審査官と当該事業者に自己の予備的見解を伝え、双方が受入れ可能な解決策を見いだすために適切な措置をとる。解決策が見いだせないときは、聴聞官は委員会の競争政策担当委員に対して、当該文書の内容を開示せずに、理由を付した勧告を述べる。当事者もこの勧告の写しを受け取る。これでも問題が解決しない場合には、欧州委員会は問題をさらに検討し、適当な場合には、秘匿特権の保護の主張を拒絶する決定を出す。

当事者が秘匿特権の保護を主張し、主張を具体化する理由を提出する場合には、聴聞官付託 4 条（2）（a）に基づく付託を受けた聴聞官を除き、欧州委員会は、主張を拒絶する決定を出して、当事者が欧州司法裁判所にこの問題を付託するのを可能にするまでは、当該

¹⁵ AM&S Europe v. Commission, [1982] ECR 1575 (para.28)

¹⁶ Commission notice on best practices for the conduct of proceeding concerning Article 101 and 102 TFEU, [2011] O.J. (C 308) 6, paras 51~57.

文書の内容を読まない（決定の上訴期限までは文書の内容を読まない）。決定の取消しの訴えの提起のみでは、決定の執行停止の効果は生じないため、決定の取消しの訴えと同時に、決定の執行停止を求める仮処分を一定期間内に事業者が求めた場合には、欧州委員会は、欧州司法裁判所が仮処分を出すまで、封印された封筒を開けて、文書を読むことはない。

このような手続を取ることで、秘匿特権を侵害する危険を回避しつつ、欧州委員会のコントロール下において、当該文書の紛失・改ざんのおそれを回避している。

オ 制裁

秘匿特権で保護された部分を除いた編集されたバージョンで文書を提出することになる。欧州委員会は証拠が提出されていないと考える場合には、当該文書の提出を命じ、必要であれば、当該文書の提出拒否につき、事業者に対して制裁金や履行強制金を課す。その後、事業者は、このような決定の取消訴訟を欧州裁判所に提起するとともに、秘匿特権を認めなかった決定の執行停止の仮処分を求める。

単に手続を遅らせるために秘匿特権の保護を明確な根拠なしに主張した場合や、客観的な正当化事由なく、調査の際に文書の一瞥に反対した場合には、執行規則 23 条 1 項に基づき制裁金の対象となる。また、EU 機能条約 101 条・102 条違反に対する制裁金を課す決定で制裁金を増額する事情として考慮されうる¹⁷。

(2) 米国

米国では、弁護士依頼者間秘匿特権は、コモン・ローに由来する通信の秘密に関する最も古い特権の一つで、反トラスト法に固有のものではなく、米国憲法修正 6 条により司法手続一般に適用される人権保護の原則である¹⁸。民事、刑事、行政の各手続に適用され¹⁹、反トラスト法違反事件にも適用される²⁰。

秘匿特権の目的は、弁護士とその依頼者間の、完全で率直なコミュニケーション (full and frank communication) を奨励し、これにより、法の遵守と正義の実現につき、より広い公共の利益を促進することである²¹。健全な法的助言や唱導が公共の目的に役立ち、このような法的助言や唱導は、依頼者から完全に知らされている弁護士により行われることを秘匿特権は認めている。秘匿特権が認められている理由は、弁護士が依頼者を十分に弁護・代理するには、弁護士が依頼者に関する全てのことを知る必要性に基づく。

このような観点から、弁護士依頼者間秘匿特権は、依頼者が自然人である場合だけでなく、依頼者が会社その他の法人である場合にも認められている²²。

他方で、秘匿特権の制度により、法的手続における真実の追究に障害となることもある

¹⁷ Best Practice, para. 58.

¹⁸ 松下満雄・渡邊泰秀編『アメリカ独占禁止法 [第 2 版]』(東京大学出版会、2012 年) 31 頁。渡邊肇『米国反トラスト法執行の実務と対策』(商事法務、2009 年) 174 頁以下。

¹⁹ 連邦証拠法則 1101 条は、全ての手続のどの段階にも、秘匿特権が適用されると規定する。

²⁰ *McCook Metal LLC. v. Alcoa Inc.*, 192 F.R.D. 242 (N.D.III, 2000).

²¹ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

²² *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

ため、厳格に解釈される²³。秘匿特権による保護を主張する者に立証責任がある²⁴。

秘匿特権の有無については、理性と経験に照らして連邦裁判所によって解釈されるコモン・ローの諸原則によって規律される（連邦証拠規則 501 条²⁵）。

秘匿特権の成立要件は、次の通り²⁶。①法的資格に基づいた専門的法律家からの、②法的助言が求められている場合であって、③この目的に関係する弁護士と依頼者間の通信が、④依頼者により、⑤秘密にされている場合には、⑥保護を放棄した場合を除き、⑦自己又は専門的法律家による証拠開示（ディスクロージャー）から、⑧依頼者の訴訟において、永久的に保護される。

秘匿特権に基づき保護される情報は、文書・口頭を問わない。証拠開示の方法には、文書提出（Production of Documents）と証言（Deposition）の双方を含み、そのどちらの方法による場合であっても、守秘特権によって保護される情報は開示対象外となる²⁷。

依頼者の人的範囲については、次の通り。依頼者が会社の場合、その従業員と弁護士との間の通信は、法的助言を求める過程でなされた場合には、秘匿特権で保護される²⁸。退職した従業員と弁護士との間の通信も、従業員であった当時の通信であれば、秘匿特権で保護されることが多い²⁹。親会社と子会社との間も十分な相互関係性が認められれば、同じ「依頼者」と評価される³⁰。

弁護士の人的範囲については、次の通り。米国の弁護士会に所属する弁護士であれば、社外弁護士だけでなく、社内弁護士にも秘匿特権が与えられる。社内弁護士が適切な法的アドバイスを与えることも重要であるからである。外国弁護士との通信は、本国でも秘匿特権が適用され、かつ、米国弁護士と同等の機能を果たす場合に、秘匿特権が認められる可能性がある³¹。

通信内容は、法的意見や法的サービス、法的手続の支援を求める目的の通信であって、犯罪や不法行為を行う目的のための通信であってはならない³²。また、弁護士が、法的助言ではなく、ビジネス上のアドバイスその他の法律に関係のない助言をした場合や、交渉人として行動した場合には、秘匿特権で保護されない³³。

弁護士による社内調査に関連する社内通信が秘匿特権の対象となるかについては、裁判所の判断が分かれている。反トラスト法違反の有無について弁護士に社内調査が依頼され

²³ ABA, Antitrust Discovery Handbook (2nd ed., 2003), p.99.

²⁴ ABA, Antitrust Discovery Handbook (2nd ed., 2003), p.99. ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.84.

²⁵ Federal Rule of Evidence 501.

²⁶ 8 WIGMORE ON EVIDENCE §2292 (1961).

²⁷ 渡邊肇『米国反トラスト法執行の実務と対策』（商事法務、2009年）175頁。

²⁸ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.84.

²⁹ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.85.

³⁰ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.87.

³¹ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.87.

³² ABA, Antitrust Discovery Handbook (2nd ed., 2003), p.100.

³³ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), pp.85, 97-98.

た場合にも問題となる。Upjohn 連邦最高裁判決³⁴は、社内調査の通信も秘匿特権で保護される可能性を示唆した。しかし、社内調査については、弁護士による調査の目的は法的助言ではないことを理由に秘匿特権を否定した裁判例や、反トラスト法の有無を調査するために弁護士が行った事情聴取結果は、秘匿特権では保護されず、弁護士作成文書（attorney work product）として保護されるとした裁判例がある³⁵。

秘匿特権を保持するためには、通信が秘密に行われ、秘密性が維持される必要がある。依頼者でも弁護士でもない第三者に開示された通信や、秘密性が合理的に期待できないメディアを使った通信は、秘匿特権は適用されない³⁶。秘匿特権が放棄されたことになる³⁷。通訳者など、当該通信のために必要な者に対する開示は、秘匿特権の放棄とはならない³⁸。不注意（inadvertent）により秘匿特権の対象となる文書等が開示されたときは、連邦証拠規則 502 条（b）により、誤った開示を防ぐ努力をし、仮に開示されても直ちに訂正をすれば、放棄とは見なされない。

政府機関に対する任意の開示は、秘匿特権の放棄となる可能性があり、どの範囲で秘匿特権が放棄されるかについて、裁判所の判断が分かれている³⁹。①政府機関に任意に情報を提供した場合でも、一定の場合には秘匿特権の放棄とならないとする見解（limited waiver）、②政府機関に任意に情報を提供した場合には、秘匿特権の放棄となるとする見解（strict waiver）、③政府機関に対する情報提供の際に、他の手続において秘匿特権を主張する権利を明示的に留保した場合にのみ、秘匿特権の放棄とはならないとする見解（折衷説）がある⁴⁰。②の見解を取られる場合には、同一の主題（the same subject matter）に関する他の全ての情報について秘匿特権が失われるとする裁判例がある。

欧米調査によれば、司法省は、日本において日本企業が当該通信文書を日本の裁判所の文書提出命令に従って提出したり、公取委による文書提出命令に従って提出される場合には、自発的に第三者に提出したものとは評価せず、当該通信文書は司法省との関係では米国の秘匿特権の対象になるものとして取り扱うのが基本であるとしている。ただし、かかる司法省のコメントは、司法省は秘匿特権の対象となる証拠を用いて訴追することが許されず、そのようなことがあれば訴追を維持することができなくなるため、秘匿特権の対象範囲を広く解する必要のある立場からのものであり、民事訴訟が係属している米国の裁判所が全て同一解釈を採用するとは限らない。

第三者に対する開示による秘匿特権の放棄の例外として、共通利益特権・共同防衛特権（common interest privilege, joint defense privilege）がある。依頼人間で共通の利害を有

³⁴ Upjohn, 449 U.S. at 391-94.

³⁵ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.91.

³⁶ ABA, Antitrust Discovery Handbook (2nd ed., 2003), p.100.

³⁷ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.88.

³⁸ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed., 2002), p.88.

³⁹ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed., 2002), p.88.

⁴⁰ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), pp.88-90.

し、当該通信が依頼人への法的サービスの寄与を促進する場合には、同一訴訟・同一事件の他の当事者の代理人との通信、共同被告・代理人間の会議、代理人間の情報交換は、利害が共通する部分については秘匿特権の放棄とはならない⁴¹。共同防衛特権が認められるためには、通信時点で訴訟の見込みがある程度あることを要求する裁判例が多く、全ての点で利害が共通する必要はないが、当事者間で共同防衛戦略を採ることを合意する必要がある⁴²。弁護士が依頼者の交渉人として行動する場合には共同防衛特権は適用されない⁴³。共同防衛特権の文脈でも、依頼人は自己の通信について常に自由に開示できるとする裁判例が多い⁴⁴。

秘匿特権を行使又は放棄できる者は、依頼者・依頼者になろうとする者である⁴⁵。合併・買収等により新たな経営者になった者、破産時の管財人は、秘匿特権を放棄できる⁴⁶。

犯罪・違法行為や詐欺行為を促進するための通信は、弁護士と依頼者間の通信であっても秘匿特権は認められない（crime-fraud exception）⁴⁷。秘匿特権は、健全な法的助言を促進するために認められているから、違法な目的を促進する法的助言は、秘匿特権による保護に値しないからである。秘匿特権が否定されるには、*Clark v. United States* 連邦最高裁判決（1933年）⁴⁸が示した次の2要件を満たす必要がある⁴⁹。①当該通信が事実上の根拠を含むこと、②当該通信は犯罪や詐欺を継続して行うことの一部であること⁵⁰。開示を求める側が、証拠の優越により立証する必要がある⁵¹。また、*Clark v. United States* 連邦最高裁判決によれば、弁護士は、依頼人と同様に非難される必要はなく、無実であっても良い。弁護士が犯罪を知らず、犯罪を実際に促す積極的行動をとっていない場合でも、弁護士と依頼者間の通信が犯罪を「促進した」と評価されうる。弁護士による社内調査の結果が違法行為を隠蔽するのに用いられた事例では、秘匿特権は否定された。事実審裁判所はインカメラ手続により犯罪・詐欺行為による秘匿特権の例外に該当するかを判断することができる。

秘匿特権を放棄して重要情報を開示すれば、量刑の判断にあたり有利に斟酌すると申し入れて秘匿特権の放棄を促す実務が行われてきたが、2008年8月以降、量刑上の有利な取

⁴¹ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), pp.92-94.

⁴² ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.93.

⁴³ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.94.

⁴⁴ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.95.

⁴⁵ ABA, Antitrust Discovery Handbook (2nd ed., 2003), p.100.

⁴⁶ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.86.

⁴⁷ ABA, Antitrust Discovery Handbook (2nd ed., 2003), p.110. ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.95.

⁴⁸ 289 U.S. 1, 15 (1933).

⁴⁹ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.95.

⁵⁰ 同様の基準として、次の2要件を判示した裁判例もある。①当該通信それ自体が犯罪や詐欺行為の促進となること、②特定の通信や弁護士作成文書が、何らかの点で、犯罪行為を促進したり、隠蔽したりする意図があったと信じるに足りる相当な理由があること（probable cause）。ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.95.

⁵¹ ABA, Antitrust Evidence Handbook (2nd ed. 2002), p.97.

扱いの条件として、秘匿特権の放棄を求めること自体を控えるようになっている⁵²。

秘匿特権を主張する手続は、欧米調査によれば、以下の通りである。

大陪審のサピーナによる文書提出については、サピーナ (subpoena duces tecum) には、秘匿特権の対象となる文書等は提出すべきではないと記載されている。会社は、提出しない文書と秘匿特権の対象となる理由を説明した目録 (privilege log) を提出する。司法省が、その説明に納得したときは文書の提出は求めず、納得しないときは文書等の提出を求める。

搜索差押令状による入手については、家宅搜索をして、FBI の捜査官がそのまま文書を押収する際に、1枚1枚見て確認している時間はなく、引き出しにあるファイルを1箱単位で持って行く。秘匿特権の対象となると主張されたときは、コピーを残し、一定期間内に秘匿特権の対象となる理由を主張するように伝える。その文書は、押収後、特別な密封された封筒に入れて、他の文書等と同じ扱いをしないようにする。

電子データについては、家宅搜索のときに、会社の弁護士が、あるキーワード (例えば、弁護士名等) を検索して、秘匿特権を主張する。FBI 及び司法省は、当該データを押収するその他のデータとは区別して押収し、filter team (当該案件に関わっていない司法省の弁護士により構成される) のみが閲覧できるようにする。司法省の審査チームが当該文書に目を通す前に、秘匿特権の主張の機会を与える。

また、文書の入手後に、フォルダー名が「弁護士とのやり取り」であり、秘匿特権の対象となる可能性があると分かったときは、これも別扱いにし、会社にコピーを渡して、秘匿特権の対象となる文書であるか否かを連絡するように伝える。

Privilege team (filter team) という当該案件に関わっていない司法省の弁護士たちが、当該文書を確認し、秘匿特権の対象かどうかを判断する。Filter team は、当該 A 社の文書が B 社に渡り、開示され、放棄されたと言えないか等も含めて判断する。秘匿特権の対象となると判断したときは、捜査に利用せず、会社に当該文書を返還する。秘匿特権の対象とならないと判断したときは、会社に返還しないことになるが、会社がさらに争うときは、捜査のために利用しない状態を維持し、最終的に裁判官が判断する。Filter team による対応等は、サピーナにより秘匿特権の有無につき争いが生じたときも同様である。

多くの場合は、秘匿特権の主張は、提出しない文書と秘匿特権の対象となる理由を説明した目録 (privilege log) を作成して行われ、非公式の交渉によって、合意・解決に至り、裁判官が判断することは珍しい。合意に至らないときであっても、司法省が当該文書は重要ではないと判断し、他の証拠で立証できるため、裁判官の手を煩わせる必要はないと判断することもある。

秘匿特権の対象となる文書か否かを判断するための期間は、判断対象となる文書の量や様々な事情による。司法省としては、秘匿特権を尊重するために、費用や時間をかけてでも行っている。当該文書が秘匿特権の対象となるか否かを判断している期間中も、インタ

⁵² 渡邊肇『米国反トラスト法執行の実務と対策』(商事法務、2009年)120頁。向宣明「独禁法事件における弁護士秘匿特権に関する米国の観点からの一考察」The Lawyers5巻11号30頁以下(2008年)。

ビューをしたり、他社や個人から文書等を入手する等して、当該文書とは関係ない捜査を続けている。もちろん、当該文書を早く見たいが、リニエンシー申請した会社は色々な文書等を提出しており、他の情報源もあり、捜査は続けている。秘匿特権の制度があることが、捜査の妨げにならないよう、様々なことを考えている。

3 検討

秘匿特権を導入しない理由に、我が国では一般的に法令上で認められていないとの説明がなされることが多いが、下記の裁判例が示す通り、必ずしも、我が国において一般的に法令上認められていないものと断定しえない⁵³。

志布志事件判決（鹿児島地裁平成 20 年 3 月 24 日）は、検察官及び警察官が公職選挙法違反の被告人及び被疑者の取調べの際に弁護士との接見内容を聴取し供述調書を作成したことが弁護士の被告人および被疑者に対する秘密交通権の侵害に当たるとして、弁護士が国及び県に対して求めた国家損害賠償請求を認容している。刑事手続における接見交通権（刑事訴訟法 39 条 1 項）は、公権力による調査の対象者とその弁護人との間での自由な意思疎通が捜査機関に知られることなくなされることが不可欠であると考えられることに基づくものであり、これは欧米で秘匿特権が認められている趣旨を同じくするものといえる。

また、刑事訴訟法 105 条⁵⁴は、弁護士等が業務上委託を受けて保管又は所持する物で他人の秘密に関するものについて押収拒絶権を認めている。弁護士等による押収拒絶権は、法執行の実効性確保（実体的真実発見）の要請を犠牲にしても、弁護士等の業務に社会一般の信頼を担保し、一般人に安心して弁護士等を利用できるようにするためのものである。同様の趣旨の規定として、業務上の秘密に関する弁護士の証言拒絶権（刑事訴訟法 149 条）や、弁護士の業務に関する通信の傍受の禁止（通信傍受法 15 条）がある。

押収拒絶権の対象となる物は、依頼者が弁護士に相談するために作成した文書や、委託を受けて保管・所持する物に限らず、事務委託の結果として作成し収集した物も含まれると解されているから、弁護士が依頼者から相談事項をメモしたもの、相談に対する回答を記載した書面も、弁護士の手元であれば、押収拒絶権の対象となる。

刑訴法上の押収拒絶権の保障は、公取委の犯則調査における差押えについても準用されるものと解されている⁵⁵。これに対し、行政調査における提出命令につき、刑訴法上の押収拒絶権の保障が準用されるか否かは明らかでない。行政調査から犯則調査に移行する場合には、行政調査において提出命令により委員会内に留置されていた物が犯則調査により差

⁵³ 競争法フォーラム「審査手続の在り方に関する提言書」（平成 21 年 11 月 10 日）。

⁵⁴ 刑事訴訟法 105 条は、「弁護士（外国法事務弁護士を含む。）…の職に在る者又はこれらの職に在った者は、業務上委託を受けたため、保管し、又は所持する物で他人の秘密に関するものについては、押収を拒むことができる。但し、本人が承諾した場合、押収の拒絶が被告人のためのみにする権利の濫用と認められる場合（被告人が本人である場合を除く。）その他裁判所の規則で定める事由がある場合は、この限りでない。」と規定する。

⁵⁵ 諏訪園貞明編『平成 17 年改正独占禁止法—新しい課徴金制度と審判・犯則調査制度の逐条解説』（商事法務、2005 年）174 頁～175 頁。

し押さえられるため、犯則調査としての差押えの段階で既に占有を失っている弁護士が押収拒絶権を行使することは困難であり、弁護士としては、当初の行政調査における提出命令の際にしか押収拒絶権を行使する機会がないため、行政調査における提出命令についても刑法上の押収拒絶権の保障が準用されると解すべきである⁵⁶。

この押収拒絶権は、依頼者の手元にある文書には及ばないと解されているため、公取委の調査手続で秘匿特権が導入される意義とは、刑法上の弁護士による押収拒絶権の及ばない、「依頼者による証拠提出拒否特権」を認めるところにある。

刑事訴訟法で弁護士による押収拒絶権が保障された趣旨は、弁護士の業務に対する信頼を保護し、それにより、弁護士に全てを打ち明けて適切な法的助言を得るという弁護士依頼権を担保しようとするものであるから、対象物の所在は本質的な問題ではない。依頼者が弁護士に相談するために送信した電子メールが、弁護士の受信メールは弁護士が押収拒絶できるが、依頼者の送信済みメールは依頼者が押収拒絶できないのでは、現代において、依頼者が安心して弁護士に相談することができなくなる。また、近年の企業のコンプライアンス意識の高まりや、課徴金減免制度の導入等により、企業が自発的に、社外弁護士等に依頼して社内調査を行い、不適切な行為を自ら洗い出し是正していこうとする動きがあり、こうした社内調査の過程で作成された文書や報告書が、外部弁護士によって作成されたものであっても、後に差し押されたり提出を命じられたりするのであれば、社内調査の実施を躊躇させることにならざるを得ず、ひいては課徴金減免制度の活用が鈍化することにつながりかねない。公取委の調査開始後は、調査対象事業者が弁護士と相談する権利を確保することの重要性が一層高まり、公取委調査の対応につき事業者が弁護士と秘密に相談することは、公取委調査手続における事業者側の防御権そのものであり、秘密性が侵害されることはあってはならない。

また、民事訴訟法は、平成 8 年改正前には、文書提出義務を定める 312 条に、281 条の証言拒絶権が認められる場合を文書提出義務の対象外とするかについて何ら言及がなかったところ、平成 8 年改正（平成 10 年施行）により、220 条 4 号が定める文書の所持者の一般的文書提出義務を定め、同号ハにより、197 条 1 項 2 号が定める弁護士等の証言拒絶権が認められる場合に、弁護士等が職務上知り得た秘密で黙秘すべき事項で黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書の提出義務を除外している。この法改正により、米国の裁判例の中には、弁理士についてであるが、新民事訴訟法が米国における秘匿特権に相当する制度を規定していることを認め、弁理士と代理人間のコミュニケーションの秘匿特権を肯定した裁判例も存在する状況である⁵⁷。

ところで、弁護士が所持する文書については、220 条 4 号ハに基づく提出義務の除外が認められていることが明らかであるが、そのような文書を依頼者自身が所持している場合に

⁵⁶ 長澤哲也「公正取引委員会の手続における適正手続の在り方」ジュリスト 1342 号 74 頁以下（2007 年）80 頁。

⁵⁷ 渡邊肇『米国反トラスト法執行の実務と対策』（商事法務、2009 年）178-179 頁。

も提出義務が除外されるのかは必ずしも明らかではない⁵⁸。

民事訴訟法における文書提出義務の例外が認められた趣旨も、弁護士等の業務に社会一般の信頼を担保し、一般人に安心して弁護士等を利用できるようにするためのものであり、刑事訴訟法 105 条の弁護士の押収拒絶権と同趣旨である。この趣旨に照らせば、対象文書の所在は本質的な問題ではないため、弁護士が所持せず、依頼者が所持する同様の文書は、民事訴訟法 220 条 4 号ハ又は同号ニの自己使用文書として、一般的文書提出義務の対象外と解釈すべきである⁵⁹。

このように我が国の刑事訴訟法や民事訴訟法において認められている弁護士等の業務に社会一般の信頼を担保し、安心して弁護士等を利用できるようにする要請は、行政調査手続にも等しく及ぶため、少なくとも現行の刑事訴訟法・民事訴訟法で認められている範囲ではその趣旨を行政調査手続にも広げ、さらには正面から依頼者の証拠提出拒否特権としての「秘匿特権」を認めるべきである⁶⁰。本来であれば、全ての行政調査手続にも妥当するはずであるが、競争法の分野では、特に国際カルテル事件に関する複数の国・地域の当局による一斉調査が行われており、欧米等の主要な法域において保障されている秘匿特権が我が国においては未だ明示的な保障がないために深刻な矛盾・支障が生じている現状を踏まえれば、独占禁止法違反の調査手続について先行して早期に導入する必要性は高いと言える。

他方で、秘匿特権の濫用的権利行使に対する対応も考えておく必要がある。

例えば、米国では、犯罪・違法行為や詐欺行為を促進するための通信は、弁護士と依頼者間の通信であっても秘匿特権は認められない。秘匿特権は、健全な法的助言を促すために認められているから、違法な目的を促す法的助言は、秘匿特権による保護に値しないからである。また、EU では、単に手続を遅らせるために秘匿特権の保護を明確な根拠なしに主張した場合や、客観的な正当化理由なく、調査の際に委員会職員による文書の一瞥に反対した場合には、それ自体として制裁金が課されたり、EU 競争法違反に対する制裁金を増額する事情として考慮する方針を明らかにしている。

日本における過去の独禁法事件においては、弁護士が否認あるいは供述拒否を勧め、あるいはこれに加担していたとの根強い疑惑(ないしは確信)が当局にはあり⁶¹、この疑惑は、

⁵⁸ 出水順「文書提出義務」滝井繁男等編『論点新民訴法』270 頁(1998 年)によれば、第 4 号ハは弁護士等以外の文書所持者が援用することはできないとする考え方も有力であるという。

⁵⁹ 伊藤眞「自己使用文書としての訴訟等準備書面と文書提出義務」佐々木吉男先生追悼論集・民事紛争の解決と手続 426 頁(2000 年)。

⁶⁰ 日弁連による民事訴訟法における弁護士秘匿特権の確立を求める意見(2010 年 1 月 21 日「文書提出命令及び当事者照会制度改正に関する民事訴訟法改正要綱中間試案」)、日弁連による独占禁止法に基づく公正取引委員会の手続における弁護士秘匿特権の確立を求める意見(2007 年 8 月 23 日「独占禁止法基本問題懇談会報告書に対する意見書」、2008 年 5 月 8 日「独占禁止法等の一部を改正する法律案に対する意見書」)。

⁶¹ 独占禁止法基本問題懇談会第 28 回議事録 18 頁(松山局長発言)によれば、「やはり現実には公正取引委員会の事情聴取には一切知らぬ存ぜぬで通せとか、あるいは記憶にないという形での御指導等があって、現実の問題として実際に早い段階では事実の解明にある程度資する供述を得られたけれども、

当局が立入検査において提出させた書類・メモ、事件関係人の供述から裏付けられるように、PC 橋梁談合事件審決（平成 22 年 9 月 21 日）では、審決書に、弁護士が書類の破棄を行うよう指示したことが被審人の取締役会議事録等から認定されている。このことから当局は、弁護士依頼者間秘匿特権を明文で付与することはとんでもないとの認識が強い⁶²。

秘匿特権を認めるにしても、健全な法的助言を促すために認めるのであるから、検査を妨害するような違法行為を促す助言や、単に手続を遅らせるために秘匿特権の保護を明確な根拠なしに主張するような行使態様については、秘匿特権による保護に値しないとすべきである。濫用的権利行使を除外する我が国の刑事訴訟法の押収拒絶権の考え方も参考になる。

また、黙秘権や自己負罪拒否特権で保護されない行政事件において、どのような弁護実務が行政調査における検査妨害に当たりうるのかについて、弁護士と行政庁との間に共通理解が形成され、行政調査における弁護業務の倫理綱領を協議・作成される必要もあろう⁶³。

第 3 事前手続における審査官手持証拠の開示

1 問題の所在

独占禁止法では、カルテルや入札談合のような不当な取引制限に該当する行為は、2 条 6 項の定義上、違反行為主体が必ず複数おり、共犯者同士で罪のなすり付け合いが起きることもあるため、他社従業員供述内容や他社が提出した証拠などの競争当局の手持ち証拠を知りたいという要請が強い。

これに対し、現在の排除措置命令等の事前手続では、予定される排除措置命令の内容等を記載した文書を送付するとともに、委員会の認定した事実等を基礎付けるために必要な証拠の説明を行う（審査規則 24 条、25 条、29 条）が、証拠の閲覧謄写は認められていない。

公取委は、この理由として、排除措置命令や課徴金納付命令は、行政手続法 13 条 1 項 1 号の聴聞手続を要する類型の不利益処分ではないから、聴聞手続において認められる証拠開示（行政手続法 18 条）を行わなくとも適正手続の保障に欠けることはないと説明している⁶⁴。

不服審査（審判手続）時の証拠開示については、審判では、証拠調べの初めに、審査官は事件の審判に必要と認める証拠の申し出をしなければならず（審判規則 39 条 1 項）、被

一定の時期以降、全く否認に転ずるというケースは最近の大型事案でも非常に多く見られる状況でして、...、実際にそういうケースも踏まえると事情聴取において弁護士の同席を必要とするということは、我が国において実態の解明に資する方向に機能するのかもしれないと、なかなかそうとはいえないケースが多いのではないかと感じを持っている状況であります」とあり、弁護士の助言のあり方に不信感を持っていることを読み取れる。

⁶² 越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』（成文堂、2013 年）409 頁。

⁶³ 越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』（成文堂、2013 年）413 頁。

⁶⁴ 平成 17 年 10 月 6 日公正取引委員会報道発表資料の別紙 1「公正取引委員会規則の原案に対して寄せられた意見と公正取引委員会の考え方」。

審人はそれらの証拠を閲覧謄写できる（独禁 70 条の 15）。被審人は、審査官が証拠申出をしない審査官手持ち証拠につき提出命令の申立てを審判官に対してすることができる（独禁 59 条 1 項、審判規則 45 条、46 条）。

事前手続における審査官手持証拠の開示については、2010 年改正法案で、ある程度の解決は図られている。2010 年改正法案では、公取委が行う審判制度を廃止し、公取委の行政処分（排除措置命令等）に対する不服審査について、抗告訴訟として東京地方裁判所で審理するとともに、公取委が行政処分（排除措置命令等）を行う際の処分前手続として、行政手続法上の聴聞手続における手続保障の水準を基本とした意見聴取手続を行うこととされている。

改正法案 52 条は、当事者は、意見聴取の通知を受けた時から意見聴取が終結するまでの間、意見聴取に係る事件について、公取委が認定した事実を立証する証拠の閲覧を求めることができる（改正法案 52 条 1 項）。当事者は、閲覧対象となる証拠（公取委が認定した事実を立証する証拠）のうち、自社が提出した物証及び自社従業員の供述調書については、閲覧に加えて謄写も求めることができる（改正法案 52 条 1 項かっこ書き）。当事者が、意見聴取の進行に応じて必要となった証拠の閲覧又は謄写をさらに求めることを妨げない（改正法案 52 条 2 項）。公取委は、第三者の利益を害するおそれがあるときその他正当な理由があるときでなければ、閲覧又は謄写を拒むことができない（改正法案 52 条 1 項 2 文）。

2010 年改正法案でも、公取委が認定した事実を否定しうる証拠の閲覧と謄写は明示的には認められていない。被調査者の権利保護の観点から、さらなる改善が必要かどうかを検討するため、EU と米国における状況を概観する。

2 諸外国の状況

(1) EU

欧州委員会の手続では、全てのファイルにアクセスできる。歴史的に欧州委員会が防御権を尊重しないと批判を受けてきた経緯があり、1982 年から欧州委員会は、委員会内部文書、事業上の秘密その他の守秘義務の対象となるものを除く、全てのファイルにアクセスを認めている⁶⁵。これ以前は、異議告知書で言及された違反事実を認定する証拠（*incriminating evidence*）に対するアクセスに限定されていたが、異議告知書で使われていない当事者に有利な書類（*exculpatory documents*）も含むことになった。

現在では、競争法違反調査における欧州委員会の事件ファイル（以下、ファイル）は、調査中に競争総局が獲得・作成・収集した全ての書類（電子データを含む、保管手段にかかわらず、情報を含む全ての形式をいう）で構成され、異議告知書が送付された名宛人には、委員会の内部文書、事業上の秘密その他の秘密情報を除く、欧州委員会のファイルに含まれる全ての書類へのアクセスが認められる（2003 年理事会規則 27 条 2 項）⁶⁶。①内部

⁶⁵ Twelfth Report on Competition Policy, point 34.

⁶⁶ Access to the file Notice, paras. 7, 8, and 10.

文書 (internal documents) と、②事業上の秘密その他の秘密情報 (business secrets and other confidential information) の2つのタイプの情報のみアクセスできない。①内部文書とは、欧州委員会の内部文書と、欧州委員会と他の公的機関との間で交換した書類をいう。②事業上の秘密とその他の秘密情報とは、秘密保持についての正当な主張によってカバーされる情報をいう。事業上の秘密とは、開示すればその会社に深刻な悪影響をもたらす会社の事業上の情報を含む。例えば、ノウハウ、費用を評価する手法、生産上の秘密や生産プロセス等が含まれる。その他の秘密情報とは、開示すればその者や事業者を著しく害するおそれのある秘密にすべき情報で、事業上の秘密以外の情報をいう。例えば、軍事機密や、匿名を希望する不服申立者その他の第三者を特定しうる情報等が含まれる。このような書類へのアクセスは、全面的又は一部が制限される。

欧州委員会の事件ファイルへのアクセスは、武器対等の原則を実現し、異議告知書の名宛人の防御権を保障し、聴聞を受ける権利を行使できるよう担保するための基本的な手続的保障⁶⁷、これにより、異議告知書に書かれた欧州委員会の予備的結論に対して自己の見解を効果的に述べることを可能となる⁶⁸。

欧州基本権憲章 (the Charter of Fundamental Rights of the European Union) 41 条は、全ての人は、秘密保持 (confidentiality) や職業的秘秘 (professional secrecy) ・事業上の秘秘 (business secrecy) の正当な利益に配慮しつつ、自分のファイルへのアクセスを持つと規定している。

ファイルへのアクセスは、異議告知書の名宛人の権利であり (執行規則 27 条 2 項及び委員会実施規則 15 条・16 条)、申告者 (complainants) や第三者にはファイルへのアクセスを認めていない⁶⁹。

ファイルへのアクセスの実務、アクセス可能な書類のタイプ、秘密情報の問題についての詳細は、アクセスファイル告示で言及される (1997 年 1 月 23 日採択⁷⁰。2005 年 12 月 13 日改定⁷¹)。

ファイルのアクセスを与えるのは、一次的には競争総局の責任である。聴聞官は、委員会のファイルに含まれる情報へのアクセスをめぐる、名宛人、情報提供者、競争当局間の

⁶⁷ Ivo Van Bael, DUE PROCESS IN EU COMPETITION PROCEEDINGS, p.175.

⁶⁸ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFRU, [2011] O.J. (C 308) 6, paras 92~94.

⁶⁹ 例外的に、申告者の報告に基づき措置をとらないことにした場合に、申告者は、それを理由付ける欧州委員会が依拠した文書にアクセスできる。また、申告者及び第三者は、EU の情報公開規則 (Transparency Regulation, Reg. 1049/2001) を利用して、ファイルにアクセスしようとする。

⁷⁰ 1997 年ファイルアクセス告示は、ファイルへのアクセス権の範囲と権利行使の手続を明示。欧州委員会の裁量で開示する書類を決め、防御に資する書類が開示されていないという印象を与えないようにするため、開示が認められる書類、開示が認められない書類のカテゴリーを客観的に定義した (Press Releases, IP/97/50)。

⁷¹ Commission Notice on the rule for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, [2005] O.J. (C 325) 7.

争いを決定する⁷²。

情報提供者は、秘密にすべきとの主張を具体的に述べて、秘密情報を含まない情報も提出する。秘密情報を含まない開示版は、原本と同じ形式で、該当箇所を削除して、その要約に換えて、原本と同時に、提出する（委員会実施規則 16 条 3 項）。営業秘密であるとの主張責任は情報提供者にある。秘密情報を含まない開示版を提出しないと、当該文書には秘密情報が含まれていないと評価されるおそれがある（委員会実施規則 16 条 4 項）⁷³。

委員会は、ファイルへのアクセスを、電子媒体（CD-ROM,DVD）又は紙媒体でアクセスを与えるが、通常はファイルを DVD でもらうことになる。リニエンシーの口頭申請を行うとき、テープに録音し、秘密部分を除いて、再度読み上げて提出する。口頭証拠であっても、書面と同様に秘密情報を含む非開示版（confidential version）と秘密情報を含まない開示版（non-confidential version）があり、企業秘密の保護が図られている。

リニエンシー申請の際に提出されるコーポレート・ステートメントへのアクセスについては、弁護士の同伴、機械的・電子的手段による複製の禁止、目的外利用の禁止を約束した場合にのみ許されるという特別なルールが適用される⁷⁴。これに違反すれば、協力の欠如とされ、リニエンシー告示における有利な取扱いは受けられず、制裁金が増額される可能性がある。また、当該弁護士が所属する弁護士会に懲戒請求を行う観点から事実を通知する⁷⁵。

カルテル事件の和解手続の場合には証拠へのアクセスは限定される⁷⁶。委員会は最も関連するものに限定するなど、開示する書類を選択することができる。しかし、会社側も追加的な開示（supplementary access）を要求することもある。まずは和解手続を開始するが、実際に和解するか否かの判断は、ファイルへのアクセスをした後で決めても良い。通常は、異議告知書の前に委員会から和解に応じないかという問いかけをし、もし応じるとなった場合には、限定された書類へのアクセスということになる。和解に応じないという判断になれば、通常の手続に戻る。

他の行政手続との比較でいえば、ファイルへのアクセスは、各分野で個別のルールがあるが、競争法におけるルールは最も進んだものである。また、EU の情報公開規則（Transparency Regulation, Regulation 1049/2001）⁷⁷に基づき、欧州の機関が有する書類

⁷² The function and terms of reference of the Hearing Officer, [2011] O.J. (L 275) 29. 7 条

⁷³ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFRU, [2011] O.J. (C 308)6, paras 41, 94.

⁷⁴ Leniency Notice, paras. 31-35.

⁷⁵ Leniency Notice, para. 40.

⁷⁶ Settlement procedures Notice, para. 16.

⁷⁷ 2001 年 5 月 3 日欧州議会採択。6 か月後に発効。欧州議会、欧州委員会、理事会が保有する書類への EU 市民のアクセス権を認めたもの。全ての文書は公的に利用可能でなければならず、開示拒否は当該機関により正当化されることが必要である。欧州機関の機能の向上と、欧州機関の民主的正当性をさらに強化する。公文書開示についての既存の加盟国法に補完するもの。欧州機関が作成し又は保有する書類に適用される。機関自身が作成した文書だけでなく、第三者が提出した文書も公文書開示の対象になる。開示対象となる公文書の定義は広い。最終書面だけでなく、その準備のための書面も含み、秘密性

につき開示請求できる。調査対象となった会社や損害賠償請求する会社や個人が、書類の開示を求めることができる。

リニエンシー申請の際の報告書（corporate statement、口頭申請を含む）を損害賠償請求する会社や個人に開示するか否かについて、リニエンシー制度を推進・保護しようとしている欧州委員会としては書類を提出することはしたくない。他方、原告が取り得る方法として、①英国など加盟国の裁判所に対して、欧州委員会に当該書類の提出を命じるように要求する場合、②欧州委員会に対して、EUの情報公開規則（transparency regulation）に従って当該書類を開示するように求める場合がある。一般裁判所は、欧州委員会が書類を提出すべきという判断を下し、現在上訴されている。現在、リニエンシー申請にかかる書類を提出しなくても良いように規則を起草中である。

ファイルへのアクセス権は、異議告知書の送付後の名宛人の権利であるが、2011年のベストプラクティスにより、申告者（complaints）・第三者が提出した重要書類（秘密情報を含まない申告書、経済調査等）については、異議告知書の発出前の、手続開始後の早い段階でアクセスできるようになり、調査段階での調査対象事業者による意見表明が可能になった⁷⁸。重要な書類への早期のアクセスにより、手続の初期段階で有益な情報を当事者に提供し、事件の評価を促すからである。開示が調査に役立ち、調査を不当に遅らせるリスクがない場合にのみ開示される。秘密性についての正当な懸念があり、異議告知書前の非開示を求める申告者・利害関係ある第三者の正当な要求は尊重される。このような懸念には、報復されるおそれや事業上の秘密の保護が含まれる⁷⁹。ただし、カルテル手続では、異議告知書前の重要書類の開示は行われない。

欧州委員会決定の取消訴訟で、適切なファイルへのアクセスが認められなかったと主張する場合は、アクセスが認められなかった証拠が、「違反を認定する証拠」か、「事業者に有利な証拠」であるかにより判断基準が異なる⁸⁰。①違反を認定する証拠場合には、アクセスが認められなかった当該証拠を事件記録から排除する。排除された証拠によってのみ違反を認定できる場合（排除された証拠が無ければ結論が変わった場合）に、委員会決定の全部又は一部の取消し原因となる。②事業者に有利な証拠の場合は、一般裁判所は、欧州委員会はファイルのアクセスを十分に提供しなかったと結論付けて、委員会決定の全部又は一部を取り消す。事業者（取消訴訟原告）は、事業者に有利な証拠につき、ファイルへのアクセスの適切性を欠いたために自己の防御の準備に影響したと立証するだけでよい。行為の重大性や期間の評価、制裁金額に影響があったかもしれないからである。

があるか無いかを問わず、機関作成によるものか、第三者作成のものかを問わない。文書の開示制限は、限られた状況に制限され、害悪基準（“harm test”「文書の開示が当該事件の公共の利益を害するか否か」）で判断される。非開示にすべき部分が一部の場合は、その他の部分は開示する。15営業日以内に回答しなければならない。

⁷⁸ Best Practice, paras. 71-74.

⁷⁹ Best Practice, para. 73.

⁸⁰ Ivo Van Bael, DUE PROCESS IN EU COMPETITION PROCEEDINGS, pp.186-187.

(2) 米国

司法省による刑事手続の場合には、起訴後、連邦刑事手続規則 16 条に基づき、訴追側である司法省と被告人である事業者とは、互いに、一定の相手方手持証拠について開示・閲覧を請求できる。例えば、トライアルで利用する予定の司法省の手元にある被告の供述が開示される。

米国の証拠開示は、政府側と当事者側の双方向で実施されるが、証拠開示の主な目的は、被告人側に、防御の準備に十分な機会を与え、陪審による事実審理に進まないメリットを評価する機会を与えることである⁸¹。

刑事手続の場合には、連邦刑事手続規則 16 条は限られた証拠の開示しか認めていないが、被告人側は、Brady v. Maryland 事件連邦最高裁判決（1963 年）を中心とする判例を根拠に、証人の供述の信用性を疑わせる証拠（弾劾証拠、impeachment evidence）や無実を晴らす証拠（exculpatory evidence）の開示を求めていく。Brady 連邦最高裁判決は、トライアル前の証拠開示について、憲法修正 5 条と修正 14 条に基づく適正手続（デュー・プロセス）条項により、被告人・代理人による開示請求がなくとも、検察官に対し、被告人に有利な証拠の特定と開示について積極的な義務を課した。もっとも、被告側の開示請求の特定性の程度が、不開示を巡る争いについての裁判所の判断に影響するので、被告側代理人は、できるだけ特定して、被告に有利な証拠の開示請求を申し立てることになる⁸²。

司法取引の最中は、文書等の証拠を見ることができない。もっとも、司法省は、公判に進むと敗訴のリスクがあるので、司法取引を成立させて有罪答弁を得た方が良く、検察官によっては、録音や中心的な文書等の非常に説得力のある決定的な証拠の一部のみを見せることはある（全ての証拠を見せることはない）。

司法省が提起する民事訴訟における証拠開示では、訴状の提出後に、できるだけ早期に、連邦民事訴訟規則 26 条～37 条に基づき、他の連邦民事訴訟と同様の手続で行われる⁸³。米国のディスカバリー手続は、両当事者間で相互になされることが原則となっており、争いがある場合に初めて裁判所が関与する⁸⁴。開示の方法は、相手方の請求を待つまでもなくされる当然開示（disclosure）とそれ以外の請求開示（discovery）とに分類でき、その対象範囲は極めて広範なものとされている。ただし、証言拒絶特権のあるもの（privilege）とワーク・プロダクト（work product）については、これら開示義務の対象から除外される。

米国のディスカバリー手続は、和解を促し、不要な争点を減らし、陪審裁判（トライアル）での不意打ちを防ぐことにより、裁判の効率性と公正性を高める手続であるが、著し

⁸¹ ABA, Criminal Antitrust Litigation Handbook 2nd ed., p.117.

⁸² ABA, Criminal Antitrust Litigation Handbook 2nd ed., p.145.

⁸³ ABA, DOJ Civil Antitrust Practice and Procedure Manual, p.203. See also, Antitrust Division Manual, IV-32 et seq.

⁸⁴ 中里和平「公正取引委員会の審判手続における証拠開示について」東京大学大学院専修コース研究年報・2004 年度版 93 頁以下、96 頁。

く時間がかかりうる⁸⁵。

FTC の調査中に文書等（第三者からの情報等）を開示することはないが、連邦取引委員会規則 3.31 条⁸⁶には、連邦民事訴訟規則に極めて近い内容のディスカバリー規定が設けられているため、FTC の審判手続の開始後（被審人の答弁書の受領後）、被審人は連邦取引委員会が収集した証拠を、被審人の防御に資する証拠を含み、広く閲覧できる。

連邦行政手続法⁸⁷には、司法手続で認められているようなディスカバリーに関する規定が設けられておらず、このことから合衆国行政会議（administrative conference of United States）は、かつて、各行政庁の規則において包括的なディスカバリー手続を採用するよう勧告したことがあったため、現在ではほとんど全ての連邦行政庁がその規則において包括的なディスカバリー手続を導入するようになった⁸⁸。

提出された秘密情報の不適切な利用や開示から被審人・第三者の利益を守るために、全てのディスカバリー資料（all Discovery Material）に含まれる秘密情報を保護するための秘密保持命令（Protective Order）が出される⁸⁹。

3 検討

公取委は、審判の際の文書提出命令につき、「本来、被審人は自らその主張等を明らかにする資料を調査、収集して審判に提出すべきであって、審判官は、被審人から文書提出命令の申立てがあった場合に当然に提出を命じなければならないものではなく、被審人の防御権を不当に制約することにならない限り、事件の内容、提出命令申立ての目的、被審人の提出を求めている文書の性質及び所持者、証すべき事実、審判の経過等の諸般の状況に鑑み、その具体的必要性及び相当性を勘案して、申立ての採否を決することができる」との立場を採っている（東芝ケミカル事件、公取委決定平成 2 年 5 月 28 日審決集 37 巻 83 頁）。

このように事業者は自ら資料を調査収集すべきとの形式的当事者主義の立場をとれば、審査官の集めた証拠へのアクセスを認めるのは例外的となる。しかし、調査段階で強力な行政調査権限や課徴金減免制度を設けている公取委と事業者とでは証拠収集能力に決定的な格差がある。事業者が審査官の手持証拠にアクセスできるようにすることは、当事者間の武器を対等にし、防御権を実質化するとともに、独占禁止法の適用の妥当性を担保することにもなる。

また、刑事・民事の別なく訴訟法においては、十分な証拠開示が不意打ちを防止し、実

⁸⁵ Douglas Broder, U.S. Antitrust Law and Enforcement (2nd ed., 2012) 234.

⁸⁶ 16 C.F.R. §3.31

⁸⁷ 5 U.S.C. §554, §556, §557

⁸⁸ 中里和平「公正取引委員会の審判手続における証拠開示について」東京大学大学院専修コース研究年報・2004 年度版 93 頁以下、97 頁。

⁸⁹ 16 C.F.R. Appendix A to §3.31. 渡邊肇『米国反トラスト法執行の実務と対策』（商事法務、2009 年）196-197 頁。

体的真実の発見に資するだけでなく、争点を圧縮し、迅速な手続の進行に資すると言われていることからしても、事前手続においても必要な範囲で十分な証拠開示が行われるならば、多くの案件において無用な争いが回避され、手続の迅速化が促進されるとともに、手続の公正が確保される⁹⁰。

2010年改正法案でも、当事者に有利な証拠の閲覧・謄写は明示的には認められていないが、「当事者が、意見聴取の進行に応じて必要となった証拠の閲覧又は謄写をさらに求めることを妨げない」とする改正法案52条2項は、不当な手続の遅延を防ぎ、迅速な競争秩序の回復の観点から、意見聴取の進行上の必要性を前提としつつも、当事者の防御権の実質化の観点から、公取委が認定した事実を立証する証拠に限らず、当事者に有利な証拠も含めて広く閲覧・謄写を認めるように運用されるべきである。

他方で、他の事業者の事業上の秘密にも配慮する必要がある。開示を受ける者に対し厳格な守秘義務を負わせ目的外使用を禁止するアプローチ（米国や、日本の独禁法24条に基づく差止請求訴訟における文書提出命令と秘密保持命令）か、営業秘密部分を非開示とし、提出段階から秘密情報を含む非開示版と秘密情報を含まない開示版との双方を作成し、同時に提出するEUのアプローチが考えられる。秘密保持の利益がより守られるのは、後者の手法である。同時に、秘密保持の利益を守るためのマスキングの負担も考慮しなければならない。

そこで、情報提供者から競争当局に情報提供する場合には、秘密情報を含む非開示版と秘密情報を含まない開示版を同時に提出させることを原則としつつ、立入検査時の提出命令により入手した書類など、秘密情報を含まない書類を作成するマスキングの負担を軽減する必要がある場合には、秘密保持命令を併用することも考えられる。

第4 供述録取時の弁護士の立会い

1 問題の所在

公取委の調査手続では、任意の供述を求める場合だけでなく、供述拒否や虚偽供述に対する刑事罰（94条1号）の間接強制による担保がある正式の審尋手続においても、供述者以外の弁護士を含む第三者が供述聴取に立会うことについて、明文の規定はなく、また実務上も認められていない。なお、立入調査への弁護士の立会いは、実務上拒否していない。

公取委は、審査担当官によるヒアリングでは弁護士の立会いも供述者自身のメモも認められないという運用がなされている。

公取委は、立入調査でメールやデータを全て差し押さえるので相当程度客観証拠を集めることができている。それを基に事情聴取を行う。さらに、リニエンシー制度もあることと相まって、証拠は揃っている。一方で、弁護士の立会いを認めないと、国際カルテル事件で、米国でも個人が刑事訴追の可能性がある場合に、公取委で弁護士不在の状況で黙秘

⁹⁰ 審判手続における証拠開示について、前掲の中里論文も同趣旨の立場に立つ。

権が保障されない行政調査により獲得された供述が、米国司法省と情報共有されてしまうということは非常に問題がある。公取委の担当官は個人名を挙げた情報交換はしないと云うが、潜在的にはリスクが高まっている。

内閣府の基本問題懇談会の議論では、弁護士の立会いを認めない理由として、①供述録取の際の弁護士の同席は、我が国の刑事手続や他の行政調査手続でも認められていないことに加えて、②供述録取の際に同席を認める弁護士が、会社から依頼されたか個人から依頼されたかを問わないこととした場合には、会社から依頼された弁護士が同席すると、従業員等に萎縮効果が生じ、真相解明に支障が生じる可能性が指摘された⁹¹

以下では、EU や米国では、弁護士の立会いの意義についてどのように受け止められているのかを、欧米調査の結果に基づき概観する。

2 諸外国の状況

(1) EU

欧州では、弁護士の同席なしに企業の役員・従業員がインタビューを受けることは、任意性を疑われることになり、考えられない。むしろ、証拠能力を高めるためにも弁護士の同席は必要である。

立入検査時の弁護士の立会いによって、秘匿特権の対象となるか否か、立入調査権限(mandate)の対象内か否かといった潜在的な紛争を回避することができる。

供述聴取時の弁護士の立会いは、欧州委員会と弁護士・当事者の双方にとってメリットがある。競争当局としても、弁護士の立会いは非常に役立つと考えている。

競争当局側のメリットとして、①弁護士がいることで公正さを保てる。②弁護士は EU 競争法の専門家であり、欧州委員会と EU 競争法に精通していない会社との間を取り持つ役割を果たす。③質問に答えても良いかをすぐに弁護士に相談できるため話してもらいやすくなり、手続の遅延を避け、時間の節約になる。リニエンシー申請者ならなおさら協力を得やすい。

欧州委員会が企業の役員・従業員に事情聴取を行うことは基本的にはなく、立入検査の際に違反行為に関係した可能性のある人物の特定や証拠の所在等について確認を求めるための聴取が行われる程度である。そのような限られた事情聴取であっても、なお、情聴取に立ち会う弁護士の役割は、複数ある。①そばにいて、供述者を安心させる。もっとも、これは親の役割と同じで、弁護士ならではの役割ではない。②mandate に示された調査権限の範囲内であるかを確認し、調査権限外の質問に対しては答えなくて良いと助言する。③専門家でも質問の意味が分からない場合には、質問の仕方を変えるようお願いして、質問の意味を明らかにする。④I guess...という表現を供述者が使い始めたら、これはあなたの推測で、確定的な答えではありませんねと言って、このような場合には答えなくても

⁹¹ 報告書 35 頁、第 31 回議事録 35 頁以下、配布資料。

良いと助言する。⑤自己負罪拒否特権の問題について助言をする。「特定の日に競争者との会議に出席したか」といった質問に続けて、「その会議で競争法に違反したか、カルテルを行ったか」という質問が行われたら、答える必要がないと助言する。⑥立ち会うことで、証人の供述内容を知ることができる。

事業者は、違反行為の自認を迫られることはないものの、事実に関する質問について回答する義務と、書類を提出する義務がある⁹²。得られた情報は、回答者・提出者やその他の事業者に対する違反行為の存在を立証するために用いられることがある（執行規則前文 23 項）。欧州委員会により求められた書類提出について、黙秘権は認められておらず、提出者に対する違反行為の存在を立証するために不利に用いられることがあっても、カルテルの会合の議事録のような既存の文書を提出する義務がある⁹³。委員会の事実に関する質問には回答しなければならない⁹⁴。回答すれば違反行為を直接自認につながる質問に対してのみ黙秘権が認められている。EU 競争法に違反したことを立証する責任は欧州委員会にあるからである。「EU 機能条約 101 条に違反して、競争者との会合に何回参加しましたか？」という質問には回答しなくてよいが、「競争者と一緒に会合に何回参加しましたか？」という質問に言い換えられると、その事実について回答しなければならない。ベストプラクティス 36 段落では、情報要求の名宛人の自己負罪拒否特権について言及がある。執行規則 18 条 2 項に基づく情報提出要請の名宛人（誤った又はミスリードな情報の提出に対しては執行規則 23 条で制裁金が課せられる）は、欧州司法裁判所の判例法により定義された自己負罪拒否特権を侵害する質問に対する回答を拒否する場合、まず競争総局と協議した後、名宛人の要求により聴聞官に自己負罪拒否特権をめぐる問題を付託することができる（聴聞官付託 4 条 2 項 (b)）。不当な手続の遅延を避ける必要性を考慮し、自己負罪拒否特権の適用があるか否かについて聴聞官が理由付勧告を出し、その後に執行規則 18 条 3 項に基づく決定を出すかを考慮するために審査部長に告げる。名宛人も、聴聞官の理由付勧告の写しを受取る。執行規則 18 条 3 項決定に基づく情報要求の名宛人（提供された情報が誤っている場合、不完全な場合、ミスリードである場合、期限内に回答しなかった場合に、制裁金（執行規則 23 条）と履行強制金（執行規則 24 条）が課せられる。）には、欧州司法裁判所の判例法により定義された自己負罪拒否特権がある。

EU 競争法違反の責任は会社に問うので、会社が弁護士を選任できる。立会う弁護士は、社内弁護士でも、社外弁護士のいずれでも良いが、企業は立入検査を受けると直ちに社外弁護士に立会いを求め、社内弁護士は社外弁護士が臨場するまでの間のつなぎとして、社外弁護士から電話による助言を受けながら立ち会うことが多い。

もともと、欧州でも、欧州委員会で 100%免責（immunity）を申請しても、英国では amnesty が得られない場合には、個人には刑事罰が課されるリスクが残る。また、会社と

⁹² Ivo Van Bael, DUE PROCESS IN EU COMPETITION PROCEEDINGS, pp.158-162.

⁹³ Commission v. SGL Carbon, [2006] ECR I -5915, para.44. Best Practice, n. 33.

⁹⁴ Mannesmannröhren-Werke v. Commission (I), [2001] ECR II -729, para. 77.

しては、欧州委員会に協力して 2 番目の 50%減額を得たいが、英国で個人に刑事罰が課されるリスクがあるため、いつ個人の弁護士を雇うようにアドバイスするかは難しい問題である。会社の弁護士として、個人に対し、会社の弁護士からの法的助言は会社の秘匿特権であって、個人の秘匿特権にはならないことを伝えることになる。

(2) 米国

ア 理論的背景

米国では、弁護士の立会い (right to counsel) は、反トラスト法に固有のものではなく、米国の司法制度全般に適用される憲法上の原則である⁹⁵。アメリカ合衆国憲法の修正 6 条⁹⁶により、刑事事件における尋問、捜索、文書開示その他の手続において、被告人は弁護士立会いを要求する権利があり、これは刑事事件のみならず、行政手続の一般原則となっている。

連邦取引委員会法 20 条⁹⁷ (c) (14) (D) および施行規則 2.9 (b) 条⁹⁸は、FTC による調査時における証人の権利を定めており、民事調査要求 (CID) に基づき口頭証言を命じられた証人が、弁護士を同伴し、弁護士から助言され、代理されることを認めている。

自己負罪拒否特権などに関わる問題を除き、証人に対する質問が回答されない間は、弁護士は証人に助言することができないとされ、適正手続の保障と調査の効率性とのバランスを図っている (施行規則 2.9 (b) (1) 条)。

自己負罪拒否特権を含む憲法上その他法律上の権利・特権を理由として、当該質問への回答を拒否できる権利があるが、それ以外は、質問への回答を拒否したり、尋問を中断したりすることはできない。すなわち、立会う弁護士が証人に証言しないことを助言できるのは自己負罪拒否特権等で保護された場合に限られる。(FTC 法 20 条 (c) (14) (D) (ii)、施行規則 2.9 (b) (2) 条)。

自己負罪拒否特権等で保護された場合でないのに、質問への回答を拒否する場合には、FTC は、連邦地方裁判所に証言を強制する命令を請求する (FTC 法 20 条 (c) (14) (D) (ii))⁹⁹。

また、FTC 法施行規則 CFR2.9 (b) 条は、弁護士の立会権の濫用防止策として、弁護士を規律する手続も定める。審査官は、デポジションや事情聴取の不必要な遅延を避けるため、秩序を乱す行為や妨害行為 (disorderly or obstructionist conduct) を予防したり、制限したりできる (施行規則 2.9 (b) (5) 条)。弁護士が審査官の指示に従わず、妨害行為を

⁹⁵ 松下満雄「米国反トラスト法の執行手続」国際商事法務 38 巻 8 号 1027 頁以下 (2010 年)、1029 頁。
松下満雄・渡邊泰秀編『アメリカ独占禁止法[第 2 版]』(東京大学出版会、2012 年) 30 頁。

⁹⁶ 米国憲法修正第 6 条は、In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ...to have the assistance of counsel for his defense.と規定する。

⁹⁷ 15 USC § 57b-1

⁹⁸ 16 CFR 2.9 (b)

⁹⁹ 自己負罪拒否特権を理由に質問への回答を拒絶した場合にも、18 USC 6004 条に従って、公共の利益のために当該証言が不可欠な場合には、証言が強制される場合がある。(FTC 法 20 条 (c) (14) (D) (iii))

行った場合（attorney misconduct）には、FTC は当該弁護士に対して自ら懲戒措置をとったり、弁護士会に懲戒請求したりできる（施行規則 4.1 (e) 条¹⁰⁰）¹⁰¹。2012 年 9 月 19 日、FTC における適切な弁護活動の明確化と、懲戒手続の透明性の向上のため、施行規則 4.1 (e) 条が改定され、同年 11 月 9 日から施行されている¹⁰²。

イ 実際の運用

米国でも、EU と同様に、弁護士の立会いは、供述者のみならず、当局側にも様々なメリットがあると認識されている。当局側のメリットとして、インタビューにおいて、供述者が的外れな回答をしたり、司法省が分かりにくい質問をしたりした時に、立会う弁護士が司法省の聞きたい方向に導き、事実解明を助ける役割を果たす。

大陪審による証人尋問において、立ち会えるのは、陪審員、検察官と証人のみであり、弁護士は立会うことはできない。もっとも、弁護士は別室で待機することができ、あまりに頻繁に休憩をとることは許されないが、1 時間に 1 度くらい休憩をとって、弁護士と相談することができる。証人は、必要があれば部屋を出て、いつでも弁護士に相談することができる。証人の記憶を頼りに、弁護士がその証言内容を把握することができる。もっとも、大陪審による証人尋問は、リニエンシー制度が利用されるようになり、使用頻度が少なくなっている。大陪審で強制的に証言させる時は、起訴免責を与える必要があり、その証人を起訴できなくなるためという理由もある。リニエンシー制度が利用されることにより、数多くの証拠を入手でき、その他の部分は弁護士の立ち会う司法省及び FBI による任意のインタビュー等により証拠収集を行っている。

大陪審による証人尋問以外は、弁護士が立ち会うことができる。個人からの情報収集は、任意のインタビューが通常であるが、デポジション（証言録取）もあり、デポジション手続では、速記録が作成され、弁護士が立ち会うことができる。立ち会う弁護士は個人の弁護士である必要があるが、会社がリニエンシー申請をしているときは、会社と個人との間に利益相反がないため、会社の弁護士と個人の弁護士が同じこともある。弁護士が立ち会うことによって、弁護士に相談でき、自己負罪拒否特権や弁護士依頼者間秘匿特権を侵害するような質問等に対して弁護士が異議を申し立てることができる。

司法省としては、会社の弁護士が個人の弁護士でもあるという状況は、個人としては会社に言いたくない情報は言いにくくなり、また、弁護士が個人に対し会社に不利益なことは言わないように説得するおそれがあるため、個人全員に各個人の弁護士が付くことが望ましいと考えており、リニエンシー申請をして個人も免責される可能性があり、会社と個人との利益相反がないときであっても、個人の弁護士を選任するように司法省から要請されることもある。

¹⁰⁰ 16 CFR 4.1 (e)

¹⁰¹ FTC に限らず、司法省や財務省その他の連邦政府機関も、弁護士の侮辱的、妨害的、専門家らしからぬ行為（contemptuous, obstructionist, and unprofessional conduct）に対する懲戒ルールを持っている。

¹⁰² Press Release of FTC on Sept. 20, 2012.

違反行為に関与する個人が多数に上ることが多いカルテル事件において、個人の弁護士を起用するタイミングは、理屈上は、個人による違反行為を司法省に伝えることにより刑事責任を軽減しようとする会社の利益と、個人が自己による違反行為を直接司法省に伝えることにより自己の刑事責任を軽減しようとする個人の利益が相反することが明らかになった時点である。実際には、司法省が会社の弁護士に対し、特定の社員について個人の弁護士を選任すべきである旨の発言をした時点で、会社の弁護士は当該個人に対して個人の弁護士を選任することができる旨を伝えることを検討し、司法省から当該個人がカーブアウトされると言われたときに（会社の司法取引の対象から除外され、当該個人の訴追の可能性が高まる）には、当該個人の判断によるものの、個人の弁護士が起用されることが多い。

個人の弁護士の報酬については、個人と企業の利益が相反せず、同じ方針をとる限りは、個人が会社に提供した情報は会社の秘匿特権により保護され、その情報の処分については企業に委ねられる旨の契約を交わした上で、企業が負担する。会社の弁護士が、個人の弁護士を推薦し、会社が費用を払うが、個人の弁護士は、あくまで当該個人に対して責任をもつ。

会社の弁護士と従業員個人の弁護士とが協議することはよくある。会社の起訴・刑罰と個人の起訴・刑罰とは別々のものであるから、別々に司法省と司法取引をする。カーブアウトの対象（会社の司法取引の対象から外れる個人）は、司法省が決める。会社の弁護士が、出来る限りカーブアウトの対象となる人物の数を少なくするために司法省と交渉する。個人の弁護士が、司法省や会社の弁護士に対して、当該個人をカーブアウトすべきでないことと交渉することもある。カーブアウトされる人物は、その立場からすると起訴されてもやむを得ない立場にあるということであり、司法省が必ず起訴するわけではない。

被疑会社の顧客等は、自らは刑事責任を負うことはないため、弁護士の立会いがなくとも、面談・電話によるインタビューに応じることがある。被害者としての顧客でも、規模の大きい会社は、弁護士を連れてくることもある。

3 検討

内閣府の基本問題懇談会で指摘された問題点のうち、①供述録取の際の弁護士の同席は、我が国の刑事手続や他の行政調査手続でも認められていないとする点については、犯罪捜査規範¹⁰³180条2項において、「取調べを行うに当たって弁護人その他適当と認められる者を立ち会わせたときは、その供述調書に立会人の署名捺印を求めなければならない」と規定しており、少なくとも法令上は取調べへの弁護士等の立会いが可能であることが前提とされている。

次に、②供述録取の際に同席を認める弁護士が、会社から依頼されたか個人から依頼さ

¹⁰³ 犯罪捜査規範とは、日本の警察官が犯罪の捜査を行うに当たって守るべき心構え、捜査の方法、手続その他捜査に関し必要な事項を定める国家公安委員会規則である。

れたかを問わないこととした場合には、会社から依頼された弁護士が同席すると、従業員等に萎縮効果が生じ、真相解明に支障が生じる可能性も内閣府の基本問題懇談会で指摘された¹⁰⁴。

この点、EU では、EU 競争法違反の責任は会社に対してのみ問うので、立会う弁護士は会社の弁護士でよく、また会社の弁護士が立会うことにより、供述する従業員等が会社に言いたくない情報は言いにくくなる等の萎縮効果が生じるという問題はあまり意識されていないようである。欧州委員会の調査手法は、不正確、不完全、ミスリードな情報提供に対して制裁金を課すこと（執行規則 23 条 1 項）を背景にして、会社に対して、質問票を送付して回答させる情報要求（執行規則 18 条）に基づく情報収集が中心であり、個人に対する任意の事情聴取（執行規則 19 条）はあまり行われておらず、行われるとしても、欧州委員会の調査に対する協力義務があるリニエンシー申請者の役員・従業員等に対するものに限られていることも、供述者の萎縮効果をあまり意識しない背景となっていると思われる。

これに対し、米国では、カルテル事件は刑事手続で処理され、会社と個人に対して反トラスト法違反の責任を問うので、会社の弁護士が個人の弁護士でもあるという状況は、個人としては会社に言いたくない情報は言いにくくなり、また、弁護士が個人に対し会社に不利益なことは言わないように説得するおそれがあるため、立会う弁護士は、個人の弁護士であるのが原則で、例外的に、会社がリニエンシー申請をして個人も免責され会社と個人との間に利益相反がない場合には、会社の弁護士と個人の弁護士とが同じこともあるという運用がされている。

日本の独占禁止法違反の責任は、行政処分としての排除措置命令や課徴金納付命令は、会社に対してのみ責任を問うが、悪質重大な違反事件では、上記の行政処分に加えて、刑事罰も科され、この場合には、カルテル・談合に関与した役員・従業員と会社との双方に責任を問うことになる¹⁰⁵。日本のリニエンシー制度は 5 社まで申請が可能であるが、そのうちの調査開始前第 1 順位の申請者のみ、その役員・従業員も含めて、刑事告発をしない方針を公取委は表明し、検察庁もこれを尊重する運用が行われている。我が国では、リニエンシー申請者でも、調査開始前第 1 順位の申請者以外は、会社は課徴金を減額されるが、会社とその役員・従業員は、刑事罰を科される恐れがある。少なくとも、刑事告発をめざす犯則調査では、立会う弁護士は、個人の弁護士であるのが原則で、例外的に、会社が調査開始前第 1 順位のリニエンシー申請をして個人も免責され会社と個人との間に利益相反がない場合には、会社の弁護士と個人の弁護士とが同じこともあるという運用が必要ではないかと思われる。会社に対して責任を問う行政調査手続でも、個人としては会社に言いたくない情報は言いにくくなるという萎縮効果は否定できないため、立会う弁護士は個人の弁護士を原則とし、少なくとも従業員等の意思に反した会社の弁護士の立会いは認めな

¹⁰⁴ 報告書 35 頁、第 31 回議事録 35 頁以下、配布資料。

¹⁰⁵ 三罰規定として、独占禁止法 95 条の 2 は、違反の計画・違反行為を知っていたにもかかわらず、その防止や是正をしなかった法人の代表者に対する処罰も定めるが、実際の適用例はない。

い工夫をするべきである。

また、適正手続の保障と調査の効率性とのバランスを図るため、弁護士の立会権の濫用防止策も合わせて導入されるべきである。自己負罪拒否特権などにかかわる問題を除き、事件関係人に対する質問に回答されない間は、弁護士は証言に助言することができないことや、審査官が事情聴取の不必要な遅延を避けるために、秩序を乱す行為や妨害行為を予防したり、制限できることを審査規則に明示すべきである。

第5 求めによる供述調書の写しの交付

1 問題の所在

公取委の調査では、事件関係人や参考人に対して行った供述調書の結果として、行政調査の場合には審尋調書又は供述調書が、犯則調査の場合には質問調書が作成される。

留置物の閲覧・謄写は、事件審査に特に支障を生じることとはならない場合には閲覧・謄写が可能である（審査規則 18 条）。しかし、調査中の審尋調書・供述調書の閲覧・謄写に関する規定はなく、実務上も認められていない。公取委の事情聴取においてメモを取ることも原則として認めておらず、事情聴取の際に対象者が取っていたメモの提出を命じ、留置した例がある¹⁰⁶。

2010 年改正法案では、調査手続の段階ではなく、調査結果を踏まえた行政処分を確定させる処分前手続において、証拠の閲覧・自社証拠の謄写（自社の留置物及び自社従業員の供述調書）が認められるようになっている。さらに一歩進めて、処分前手続より前の調査手続の段階で、自社従業員の供述調書の写しの交付（謄写）を認めるべきかがここでの問題である。

供述人との関係では、審尋調書・供述調書の作成時に、供述人に読み聞かせ又は供述人に閲覧させて、誤りがないかどうかを問い、供述人が調書に誤りのないことを申立てたときは、署名押印を求めることができる（審査規則 11 条 1 項、2 項）。供述者自身に内容確認のための閲覧に加えて、さらに求めによる審尋調書・供述調書の写しの交付を認めるべきかが問題となっている。

日本の実務においては、事前手続に入って初めて弁護活動を開始するというよりも、立入検査から事前通知までに公取委に意見書等を提出し弁護活動（事実上の防御活動）を行うことが一般的である。供述内容の記録が交付されないことについては、日本の実務においては、立入検査から事前通知までに弁護活動（事実上の防御活動）を行うことが一般的であることから、公取委の手元にどのような供述内容の記録があるか分からないと十分な防御をすることが難しいという問題がある。

このような問題は、供述録取時の弁護士の立会いが実現すれば、同席した弁護士がメモを取り、やり取りの内容も把握できるため、求めによる供述調書の交付が必要とされる問

¹⁰⁶ 平成 15 年 10 月 24 日決定（審決集 50 卷 551 頁）。

題が解消される部分も多い。

しかし、供述調書の写しの交付それ自体の問題として、口裏合わせなどの弊害を防止するため、写しの交付時期を工夫する等の必要もあることから、ここでは弁護士の立会いは項目を独立させて検討する。

2 諸外国の状況

(1) EU

欧州委員会には、同意を前提に、自然人・法人に対して、供述を取る権限がある（執行規則 19 条・委員会規則 3 条）。19 条に基づく任意の事情聴取では、ミスリードな回答や誤った回答に対する制裁がない。このため、正確で完全な供述をする意欲を削いでいるとの欧州委員会スタッフによる評価がある¹⁰⁷。

執行規則 19 条に基づき相手方の同意に基づいてインタビューする場合には、インタビューの始めに、インタビューの法的根拠、事情聴取の目的、任意であること、弁護士の助言を受ける権利、インタビューの記録を作成することを告知する（委員会規則 3 条 1 項）。実務では、手続について説明した文書を示して、被聴取者からサインをもらう¹⁰⁸。インタビューは、電話その他の電子的手段を含むどのような手段でも実施できる（委員会規則 3 条 2 項）。欧州委員会はどのような方法でも供述を録取できる（委員会規則 3 条 3 項）。

委員会規則 3 条 3 項は、供述内容の正確性を高めるために、供述者に調書の写しを交付されるとともに、必要に応じて供述者が供述内容を訂正できる期限を定めて、供述内容の訂正の機会が与えられることを認めている¹⁰⁹。

また、欧州委員会は、20 条 (2) (e) に基づき、立入検査の現場で代表者・従業員に事実や書類の説明について口頭で質問し、録取する権限を有している。故意・過失により、不正確又はミスリードな、不完全な回答をした場合には、調査対象事業者・事業者団体に対して、前年度の売上高の 1% を上限として制裁金が課せられる（執行規則 23 条 1 項 (d)）。

委員会規則 4 条 2 項は、立入検査の現場での質問に対する回答を録取したものの写しは、立入検査後に、調査対象事業者・事業者団体に交付されることを認めるとともに、同規則 4 条 3 項で、説明を求められた従業員が調査対象者を代表して説明する権限がなかった場合には、企業等が供述者による説明の内容等を訂正することを認めている。

(2) 米国

米国では、FTC 法 20 条¹¹⁰ (c) (14) (G) 及び施行規則 2.9 (a) 条¹¹¹により、調査時の証人の権利として、調書 (transcript) の写しの交付が明文で認められている。写しの交

¹⁰⁷ Commission staff working paper, Report on the functioning of Regulation 1/2003, April 29, 2009, para. 84.

¹⁰⁸ Best practice, para. 48.

¹⁰⁹ Best practice, para. 48.

¹¹⁰ 15 USC § 57b-1

¹¹¹ 16 CFR 2.9 (b)

付先は、当該証人のみである。相当な理由があれば (for good cause)、証人による調書の閲覧を制限できる。

司法省及び FBI による任意のインタビューでは、大陪審の証人尋問とは異なり、一言一句の速記録のような証言録は作成されない。FBI の捜査官がノートを取っており、この要約が文書となる。インタビューにより作成される文書は FBI の捜査官が要約した文書であり、反トラスト法事件において、供述者が確認したり、署名することはほとんどない。この文書は、内部文書であり、交付されることはなく、起訴前は供述者や弁護士は確認できない。しかし、弁護士が立会うため、どのような内容の話がなされたかは分かっている。立ち会う弁護士はメモを取っており、このメモは秘匿特権の対象となる。FBI の要約文書は、起訴後の証拠開示 (ディスカバリー) の際には、会社に開示される。当該供述者が証人となる場合には、当該供述者ではなく、会社側に交付される。

証言録取の写し (transcript) は、合理的な理由があれば交付する必要がない。企業結合審査のときは写しを交付するが、他の違反事件で写しを交付するのは、当該会社の証人全員の証言が終了してから交付する。弁護士は立会っているので各証人の話が分かり、証人も次の証人と話すかもしれないが、そのような話と証言録取の写しそのものを見るのとはやはり違う。会社を守ろうとして、口裏合わせをすることを防ぎ、また、会社の従業員らが何をしてきたか、動機などについての証言が重要であるため、最後の証人の証言が終了してから、写しを交付する。企業結合審査のときは、このようなことを気にしなくて良いので、その都度、写しを交付している。なお、写しが交付されないときでも、その transcript が正確かどうか確認することはできる。

3 検討

独占禁止法基本問題懇談会報告書では、写しを交付しない現行の制度・運用で問題ないとする理由として、①供述調書の写しの提供が、関係事業者間の口裏合わせ等による証拠隠滅を容易にし、真相解明の妨げとなる可能性や、②写しの交付先次第では、供述内容が事業者 (会社) に知られることを恐れ、供述人 (従業員等) が真実を供述することに消極的となり、真相解明の妨げとなる可能性が指摘された。

米国でも、写しの提供が口裏合わせに利用されるおそれという問題が認識されており、相当な理由があれば、証人による調書の閲覧を制限できる規定が設けられている。実際の運用では、写しを提供する時期を、その都度の交付ではなく、当該会社の全員の証言が終了してからのように工夫することにより、写しの提供が口裏合わせに利用されるのを防いでいる。

このように写しの交付時期を工夫したり、写しの交付先を供述人本人に限定することで、供述人の萎縮効果や、口裏合わせに利用されることを防止できるように思われる。

第6 まとめにかえて

行政手続法は、行政調査手続を適用除外としている（行政手続法3条1項14号）が、これは「行政調査は多種多様であるので、一律的な規定に親しまないものがある」¹¹²と考えられたためであって、手続的統制の必要性を否定したものではない¹¹³。

日本の行政調査においても、権利の濫用や調査の妨害を効果的に防ぐ制度を同時に入れつつ、①弁護士依頼者間の通信・文書の秘匿特権の付与、②一件記録の開示、③供述録取時の弁護士立会い、④求めによる供述調書の交付を認めていくべきであると思われる。また、OECDでも競争法における手続的公正性が議論されており、手続の公正性・透明性を確保することは競争当局にもメリットがあり、執行者としての戦略上の不利や障害を生じさせるという見方はもはや支持されないとの指摘がある¹¹⁴。

行政調査（審査）手続を考えるにあたっては、法執行の実効性の確保（事案の真相の解明の必要性）と関係人の権利保護のバランスが重要である¹¹⁵。防御権の保障を充実させた場合に、法の正義の観点から、違法行為の隠蔽、調査の妨害にいかに対処するかの問題への対応も重要となる。日本の独禁法の執行実務では、公取委が検査妨害を取り上げたことは一度もない。検査妨害に対する規制強化なしに、代理人立会権や弁護士依頼者間秘匿特権などの防御権のみを強化したのでは、法の正義の実現が困難になるので、証拠の隠滅などの法の実現を妨害する行為に対する制裁の強化と連動して行われることが必要である¹¹⁶。防御権の保障に手厚い米国では、司法妨害（検査妨害）に対する執行もまた活発であり、日本でも、検査妨害罪についての執行強化に検察庁は積極的に取り組む必要がある。

また、検査妨害の制裁を刑事罰だけに頼れば、検察庁のリソースの関係で、特に悪質なもののしか取り上げず、大きな事件以外での検査妨害は事実上見過ごされるので、刑事罰以外に行政罰を導入し、検査妨害と虚偽陳述に対する制裁金（過料、履行強制金¹¹⁷）を公取委自ら課しうるようにすることは、検査妨害の阻止のために不可欠である^{118, 119}。

加えて、犯則調査ではなく、行政調査においても、裁判官の許可状を取得するなどして、有形力を使った妨害排除（鍵がないと言って入室を拒否する場合には鍵を破壊できる）を

¹¹² 塩野宏『行政法I〔第5版〕』（有斐閣、2009年）264頁。

¹¹³ 曾和俊文「税務調査判例の展開と行政調査論」論究ジュリスト3号（2012年）47頁以下、54頁。

¹¹⁴ OECD, Procedural Fairness: Transparency issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings, DAF/COMP (2010) 11, pp.27-28.

¹¹⁵ 独占禁止法基本問題懇談会第28回議事録10頁（諸石委員発言）、19頁（西田委員発言）。

¹¹⁶ 越知・防御権167頁。

¹¹⁷ 欧州委員会は、前年度の売上総額の1%を超えない金額で、供述拒絶や誤解を招く回答をした場合には、履行強制金を賦課する権限がある（2003年理事会規則1号23条1項(e)）。最近では、E.ON Energie AGに、封印破棄を理由に380万ユーロ（約4億4千万円）という巨額の履行強制金を課した事例がある。

¹¹⁸ 越知・防御権168頁。

¹¹⁹ なお、EUの例にならい、カルテル・談合の課徴金の算定において「調査協力」、「調査妨害」を大幅な増減額事由とすることも考えられる¹¹⁹が、リニエーション制度以外の「調査協力」による課徴金の大幅な減額は、競争当局が考えるストーリーに沿った迎合的な供述を引き出し、罪のない事業者を巻き込む可能性も否定できないため、慎重に考えられるべきである。

認めたり（出入国管理および難民認定法違反調査 31 条）¹²⁰、或いは、刑事事件の告発基準を事件の悪質重大性だけでなく行政調査での証拠収集に限界があるものも対象として、行政調査での事件解明の困難性（法の正義の実現の障害の程度）も犯則調査によるかの基準とし、検査妨害罪（94 条）も犯則調査の対象として、犯則調査手続で、検査妨害の証拠の収集ができるようにすることも考えられる¹²¹。

【参考文献】

- 独占禁止法基本問題懇談会報告書（平成 19 年 6 月 26 日）ジュリスト 1342 号 109 頁以下（2007 年）
村上政博「独占禁止法基本問題懇談会で残された課題～行政調査の在り方及び行政調査と刑事手続との関係に係るイギリス、フランス、ドイツ実態調査報告～」国際商事法務 35 卷 12 号 1659 頁以下（2007 年）
村上政博「平成 22 年独占禁止法改正—行政審判の廃止と行政調査の見直し」判例タイムズ 1323 号 51 頁以下（2010 年）
長澤哲也「公正取引委員会の手続における適正手続の在り方」ジュリスト 1342 号 74 頁以下（2007 年）
川合弘造・島田まどか「課徴金減免制度の在り方—1 年半の実務の運用をふまえて」ジュリスト 1342 号 83 頁以下（2007 年）
向宣明「独禁法事件における弁護士秘匿特権に関する米国法の観点からの一考察」The Lawyers 5 卷 11 号 30 頁以下（2008 年）
越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』（成文堂、2013 年）
越知保見「行政調査における防御権と調査妨害～日本固有の問題を分析した上での欧州との比較～」国際商事法務 38 卷 2 号 151 頁以下（2010 年）
越知保見「ドイツ・フランスの競争法執行手続と日本法についての示唆—黙秘権・自己負罪拒否特権は行政手続で保護されるのか—」公正取引 727 号 34 頁以下（2011 年）
越知保見「欧州委員会の事前聴聞手続と改正独禁法への示唆〔上〕〔下〕」国際商事法務 34 卷 9 号 1131 頁以下、34 卷 10 号 1277 頁以下（2006 年）
根岸哲「独禁法執行手続の改正の行方」自由と正義 62 卷 12 号 8 頁以下（2011 年）
向宣明「公正取引委員会による審査制度の論点」自由と正義 62 卷 12 号 13 頁以下（2011 年）
志田至朗「課徴金減免制度について」ジュリスト 1270 号 31 頁以下（2004 年）
岩崎一生「米国特許訴訟における弁護士・依頼者間の秘匿特権」名経法学 22 号（2007 年）100 頁以下。

¹²⁰ 欧州委員会は、2003 年理事会規則 1 号 20 条 6 項に基づき、加盟国競争当局や、司法官憲と連携して捜索令状を取得するなどして、有形力を使って妨害行為を排除して立ち入ることができる。

¹²¹ 越知・防御権 168 頁。

第2章 金融商品取引法における課徴金制度の概要

松尾 直彦

第1 金商法の課徴金制度の趣旨

1 規定の体系

金融商品取引法（以下「金商法」ないし「法」という）第6章の2は課徴金制度について定めている。

その内容は、①課徴金納付命令の対象となる違反行為の類型を定める規定（法172条～175条）、②課徴金の納付義務などを定める規定（法176条）、③行政当局の調査のための処分を定める規定（法177条）、④課徴金納付命令の事前手続である審判手続を定める規定（法178条～185条の13）、および⑤課徴金納付命令の執行その他を定める規定（法185条の14～185条の21）である。

2 課徴金制度の趣旨

金商法の目的である投資者保護および資本市場の健全性を実現するためには、金商法の規制に違反する行為を抑止し、規制の実効性を確保する必要がある。課徴金制度は、このためのエンフォースメント（法の実現）の手段を多様化する観点から、金商法の一定の規制に違反した者に対して一定の金銭的負担を課す行政上の措置である。

従前は、開示書類の虚偽記載などやインサイダー取引などの不公正取引に対するエンフォースメント手段は、刑事罰が中心であった。しかしながら、刑事罰は、その厳格性やそれに伴う高度な立証上の負担などから、謙抑的・補充的に運用される。このため、刑事罰を科すに至らない程度の違法行為は、結果として放置されることになってしまっていた。

課徴金制度の導入により、違法行為の程度や態様に応じた最適な手段によるエンフォースメントが推進されている。特に証券取引等監視委員会は、「機動性・戦略性の高い市場監視の実現」を図る観点から、刑事告発に向けた犯則調査が必要な重大性・悪質性が認められない事案を迅速・効率的に処理する手段として、課徴金制度を積極的に活用している。現在では、課徴金制度は、刑事罰の補完的手段ではなく、刑事罰と並列する重要なエンフォースメント手段として位置づけられているといえる。

課徴金納付命令については、その公表を通じて違反者に対する事実上の制裁的機能を有するが、法的には制裁目的や制裁機能はないと理解されている。一方、平成20年金商法改正による課徴金加算制度の導入により、事実上の制裁的機能がより強められたことは否定できない。

第2 金商法の課徴金制度の特徴

1 課徴金の水準

課徴金制度の第1の特徴は、課徴金の水準について、違反者が違反行為により得た経済的利得相当額が基準とされていることである。この点は、独禁法上の課徴金制度について、平成17年独禁法改正による課徴金算定率の引上げを通じて、不当利得相当額以上の金銭を徴収する仕組みとすることで行政上の制裁としての機能をより強めたと説明されていることと多少異なるところである。

課徴金制度の目的である違法行為の抑止の観点からすると、経済的利得相当額を超える水準にすることも十分考えられる。この点については、初めて制度を導入することから、抑止のための必要最小限の水準として、経済的利得相当額を基準としたと説明されている。ただし、継続開示義務違反にかかる課徴金の水準については、経済的利得相当額そのものとするのではなく、経済的利得相当額を考慮要素の一つとして勘案しながらも、基本的に違法行為の抑止のために必要かつ合理的と認められる額としたと説明されている。

経済的利得相当額が基準とされたのは、課徴金と刑事罰との併科と二重処罰の禁止（憲法39条後段）との関係に留意して保守的な考え方がとられたものと考えられる。しかしながら、違法行為抑止を目的とする行政上の金銭的不利益処分は、制裁的意義を有することを否定し得ないとしても、違反行為の反社会性ないし反道徳性に着目してこれに対する制裁として課される刑事罰とは法的性格が異なるものであり、刑事罰と併科しても、二重処罰の禁止に違反しないことは確立された理解である（法人税法上の追徴税と罰金の併科を合憲とした最判昭和33年4月30日民集12巻6号938頁および独禁法上の課徴金と罰金の併科を合憲とした最判平成10年10月13日判時1662号83頁参照）。したがって、憲法論としてではなく、立法政策論として検討されるべき問題である。ただし、現実には、内閣提出法案の審査を行う内閣法制局の了承を得るハードルが高いようである。

また、課徴金の水準については、平成20年金商法改正により引き上げられ、さらにいわゆる増資インサイダー取引事案を受けて、金融審議会インサイダー取引規制に関するワーキング・グループ報告書「近年の違反事案及び金融・企業実務を踏まえたインサイダー取引規制をめぐる制度整備について」（平成24年12月25日）では、上場株券等の仲介業務を担う者（仲介業者）や運用委託契約等に基づき資産運用業務を行う者（資産運用業者）といった業者については、「より抑止効果の高い」計算方法とすることが提言されている。経済的利得相当額を基準とする考え方は形式的には維持されているものの、実質的には現実の利得とは相当程度異なる利得が観念されており、利得概念のいわば擬制（フィクション）化がさらに進んでいる。独禁法と同様に、制裁的機能を発揮させる観点から利得相当額以上の水準とすることを正面から肯定するべきであると思われる。

なお、主要国の市場法制では、次のとおり、違反者が得た経済的利得相当額を超える行政上の金銭的負担を課す制度が設けられている。

- ① 米国において「利益の吐き出し（disgorgement）」制度（1933年証券取引法8A条

(e) 項、1934 年証券取引所法 21C 条 (e) 項) とは別に定められている「民事制裁金 (civil money penalty)」制度 (1933 年証券取引法 20 条 (d) 項および 1934 年証券取引所法 20 条 (d) 項)、21B 条) では、違法行為の重大性に応じた上限額が定められているが、利得が上限額とされているものではなく、特にインサイダー取引については、SEC が連邦地方裁判所に提訴する手続を要するが、利益額・損失回避額の 3 倍などが上限とされている (1934 年証券取引所法 21A 条)。

- ② 英国における「制裁金 (financial penalty)」の制度では上限額が設けられておらず (2000 年金融サービス・市場法 (FSMA) 206 条)、英国 FSA が制裁金を課すかどうかおよび課す場合の水準に関する裁量基準をふまえて判断することになる。

2 課徴金の要件

課徴金制度の第 2 の特徴は、課徴金の要件について、形式的に定められていることである。

まず、課徴金の水準について、違反行為の種類ごとに、一般的・抽象的に想定し得る経済的利得相当額を基準としつつ、具体的な算定方法が法定されている。したがって、違反者が実際に得た利得額そのものの多寡にかかわらず、違反行為の種類ごとに法定されている算定方法により算定される金額が課されることになる。これは、課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準も明確なものであることが望ましく、また、制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であることから、個々の事案ごとに経済的利益を算定することは適切ではないとして、そのような算定方式が採用されているものと考えられる (独禁法上の課徴金制度に関する最判平成 17 年 9 月 13 日民集 59 卷 7 号 1950 頁参照)。

次に、対象となる違反行為の種類については、典型的に違反行為による経済的利得相当額を算定できるものに限定されている。このような観点から、たとえば、不正行為 (法 157 条) や相場変動などを目的の暴行・脅迫 (法 158 条) については、課徴金納付命令の対象とされていない。

また、対象となる違反行為種類の要件についても、違反行為による経済的利得相当額を算定する観点から、刑罰法規の構成要件該当行為に加えて、違反者が一定の行為を行う要件が追加されている種類がある。具体的には、発行開示規制違反に対する課徴金納付命令については、発行開示書類の不提出または虚偽記載等のある発行開示書類の提出に加えて、有価証券を取得させまたは売り付けた行為が要件として追加されている (法 172 条、172 条の 2、172 条の 9、172 条の 10)。公開買付規制違反に対する課徴金納付命令 (法 172 条の 5、172 条の 6) については買付け等が、風説の流布・偽計に対する課徴金納付命令 (法 173 条) については売付け等・買付け等が、それぞれ要件として追加されている。このため、これらの場合、課徴金納付命令の要件が刑罰法規の構成要件よりも限定的なものとなっている。

さらに、対象となる違反者についても、違反行為を行うことが定型的に想定され、かつ、違反行為により経済的利得を得る立場にある者に限定されている。

3 課徴金の対象範囲

課徴金制度の第 3 の特徴は、金融商品取引業者等や金融商品仲介業者などの行為規制違反については、課徴金納付命令の対象とされていないことである。

この点については、①既存の行政処分（業務改善命令・業務停止命令など）により、違反行為抑止の実効性があること、②自主規制機関である日本証券業協会が協会の法令違反や自主規制違反などに対して「過怠金」を課す仕組みがあり（法 68 条の 2）、課徴金の対象とすると同種の措置が重複し得ることなどから、導入されなかったようである。

一方、平成 19 年公認会計士法改正により、公認会計士および監査法人に対する行政処分の多様化を図る観点から、虚偽証明に対する課徴金制度が導入されている（同法 31 条の 2、34 条の 21 の 2）。このことからすると、金商法においても、金融商品取引業者等などに対する行政処分の多様化を図る観点から、一定の違法行為類型に対する課徴金制度の導入が考えられる。その際には、自主規制機関による過怠金との機能分担が必要となる。

4 行政庁の裁量

課徴金制度の第 4 の特徴は、課徴金納付命令について、行政庁の裁量が極力排除されていることである。

第 1 に、要件該当性の判断にかかる行政裁量である「要件裁量」が極力排除されている。課徴金納付命令の対象となる違反行為が法定されており、特定の行為が法令違反に該当するかどうかは、事実認定と法解釈の問題であるから、行政裁量は原則としてないと考えられる。

第 2 に、処分をするか否かの判断にかかる行政裁量である「効果裁量」（「行為（決定）裁量」）が排除されている。行政庁が要件を認定した場合には、「課徴金を国庫に納付することを命じなければならない」と規定されているからである。

第 3 に、処分をする場合にいかなる処分を選択するか判断にかかる「効果裁量」（選択裁量（または内容形成裁量））が排除されている。課徴金の水準の算定方法が一義的に規定されているからである。

このように行政裁量が排除されているのは、仮に行政裁量を行使する仕組みの場合、①その判断基準を「非難可能性」の程度などに求めざるを得なくなり、「刑事罰との二重処罰」との関係で問題となり得ること、②それを避けるために課徴金を課さない場合を明定する必要が出てくる（公認会計士法 31 条の 2 第 2 項、34 条の 21 の 2 第 2 項、公認会計士課徴金府令参照）が、その内容を適切に定めることができるかという問題があること、③行政上の判断が必要となることから、制度の迅速かつ効率的な運用に事実上支障が生ずるおそれがあること、④「裁量行政」と批判されるおそれがあることなどによるものであると思

われる。

このような制度の仕組みは、行政当局に裁量を認める主要国の制度とは大きく異なるものであり、立法政策として引き続き検討すべき課題である。また、実務的には、課徴金事案の調査・勧告を担う証券取引等監視委員会が、軽微な事案などについて課徴金納付命令の勧告をしない事実上の「裁量型運用」を行うことが望まれる。この点について、監視委員会は、課徴金制度導入当初、事実上の裁量もないような形式的・画一的な運用を行っていたようである（いわば裁量否定型運用）。しかしながら、こうした運用は遵法意識の喚起を通じた違法行為抑止機能や制裁的機能を弱める可能性があり、望ましいものではない。このような観点から、現在はいわば「裁量型運用」が事実上行われているようである。

5 調査手続の整備

(1) 課徴金事件の調査権限

課徴金制度の第 5 の特徴は、課徴金納付命令に固有の手続として、不公正取引規制違反の課徴金事件および特定関与者に対する課徴金事件の調査権限が定められていることである（法 177 条）。

調査処分の内容として、従前の事件関係人・参考人に対する質問・意見・報告および事件関係人に対する立入検査に加えて、平成 24 年金商法改正により、事件関係人・参考人に対する出頭処分が追加されている（同条 1 号、205 条の 3 第 1 号）。

当該調査権限は、開示規制違反にかかる権限（法 26 条）などとともに、証券取引等監視委員会に委任されている（法 194 条の 7 第 2 項 8 号・3 項、令 38 条の 2 第 1 項）。したがって、通常は、独立した合議制機関である監視委員会が課徴金事件の調査を行い、内閣総理大臣および金融庁長官に対して課徴金納付命令の勧告をする（金融庁設置法 20 条 1 項）。

(2) 課徴金調査における弁護士の間与

証券取引等監視委員会は、課徴金調査における弁護士の間与について、①立入検査における弁護士の立会い、②供述録取時の弁護士の立会い、③供述調査作成時の求めによる写しの提供、④弁護士依頼者間秘匿特権（attorney-client privilege）、および⑤調査官手持ち証拠の開示のいずれも認めていないようである。

⑤については、平成 20 年金商法改正の施行に合わせて、課徴金審判手続に係る第 1 回審判期日直前の証拠開示規定が追加されている（法 185 条の 17、金融商品取引法第六章の二の規定による課徴金に関する内閣府令 30 条 4 項）。ただし、被審人が審判期日直前に事実および課徴金額を認める旨の答弁書を提出したときは審判期日は開かれないこと（法 183 条 2 項）から、被審人は答弁書提出前には証拠開示を受けることができないとの限界がある。

(3) 課徴金調査における適正手続の保障

証券取引等監視委員会は、課徴金調査における適正手続の保障の観点から、課徴金調査に関する基本指針やマニュアルを策定・公表することが望まれる。

(4) 金商法令の国際的エンフォースメント

金融商品取引・市場のグローバル化が一層進展している状況のもとで、一国・地域の金融商品取引規制当局がその金融商品取引・市場の健全性を確保する観点からこれを適切に監視・監督するためには、外国当局と情報交換を行うことが必要不可欠となる。

日本の金融庁・証券取引等監視委員会が外国当局との間で行う金融商品取引・市場分野における情報交換には、①日本の当局が外国の当局に対して情報提供を要請して当該外国の当局が当該情報提供をする場合、②日本の当局が外国の当局に対して自発的に情報提供をする場合、③外国の当局が日本の当局に対して情報提供を要請して日本の当局が当該情報提供をする場合、および④外国の当局が日本の当局に対して自発的に情報提供をする場合がある。

上記①②④については、金商法に特段の定めは置かれていない。上記②について、日本の当局は、国家公務員の守秘義務などの日本の法令の範囲内で、日本の公益または国民の権利利益の保護に留意しつつ、必要かつ適切な範囲内で任意に外国の当局に対して情報提供することになる。たとえば、証券取引等監視委員会からの情報提供を通じて、英国当局が英国のヘッジファンドに対して制裁金を課した事例（同委員会平成 18 年 8 月 2 日付報道発表）などがある。

上記③の場合、日本の当局は、日本における公開情報などについては外国の当局に対して任意に提供可能であるが、要請に応ずるため新たに関係者などから情報収集する必要がある場合には、法的根拠が必要となる。金商法 189 条が当該法的根拠を定めている。金融庁長官は、外国金融商品取引規制当局から金商法に相当する外国法令の執行のための行政上の調査に関して協力要請があった場合には、一定の要件のもとで、有価証券の売買などの取引を行う者その他関係人または参考人に対して、報告・資料提出命令を発することができる（同条 1 項）。

日本の金融庁は、金商法 189 条の趣旨もふまえて、世界の主要な証券規制当局との間で情報交換の枠組み（いわゆる証券 MOU（Memorandum of Understanding））について合意している。

証券 MOU には、①多国間 MOU および②2 当局間 MOU の類型がある。金融庁は、多国間 MOU として、平成 20 年 2 月 5 日に IOSCO（証券監督者国際機構）のマルチ MOU に署名しており、また、2 当局間 MOU として、6 か国・地域の 7 つの市場規制当局（米国 SEC など）との間で証券 MOU を合意している。

ただし、これらの証券 MOU は、法的拘束力のない意図表明文書として位置づけられており、金商法 189 条などの既存の国内法令により許容される範囲内でのみ実施されるものである。

6 審判手続の整備

(1) 概要

課徴金制度の第 6 の特徴は、課徴金納付命令という行政処分に固有の事前手続として、原則として 3 人の審判官をもって構成する合議体が原則公開で行う審判手続を経ることが必要とされていることである（法 178 条～185 条の 13）。

(2) 審判手続の流れ

審判手続の流れは、①金融庁長官による審判手続開始の決定（法 178 条、179 条）、②審判官による審判手続の開始（法 180 条）、③被審人による答弁書の提出（法 183 条 1 項）、④審判期日の不開催・開催（同条 2 項、184 条～185 条の 5）、⑤審判官による決定案の作成と金融庁長官への提出（法 185 条の 6）、⑥金融庁長官による当該決定案に基づく決定（法 185 条の 7 第 17 項～19 項）、および⑦被審人への当該決定書謄本の送達（同条 20 項）である。

上記①の審判手続開始決定の大半は証券取引等監視委員会の勧告をふまえて行われるが、これは法律上の要件ではない。実際にも、監視委員会の調査・勧告を経ずに、金融庁のイニシアティブにより審判手続開始決定がなされた事案もみられる。

(3) 審判手続の構造

審判手続は、課徴金納付命令の決定の事前手続としての中立性・公正性確保の要請および行政運営の迅速性・効率性の要請のバランスを図るよう、制度設計されている。

まず、審判手続は、裁判のような対審構造ではなく、審判官が被審人に課徴金を納付すべき事実があるかどうかを主体的に審理する手続であり、本質的に審判官と被審人のみで構成されている。民事訴訟におけるような弁論主義はとられておらず、職権主義が基本とされており、職権による証拠調べが広く認められている。また、いわゆる行政審判とは異なり、審級省略や実質的証拠法制などの一定の法律効果（たとえば独禁法 80 条、85 条など）が付与されているものでない。

一方、中立性・公正性確保の要請から、一定の仕組みが設けられている。このことから、審判手続は、米国 SEC の行政手続における事前手続である「行政審判官（Administrative Law Judge : ALJ）」による審判に類するものといえる。

第 1 に、審判官は金融庁長官により任命される（金融庁設置法 25 条 2 項）が、実際には裁判官出身者が含まれるなど、公正性に配慮がなされている（法 185 条の 17、課徴金府令 6 条 2 項）。審判官は、その職務を公正迅速に、かつ独立して行わなければならない（法 185 条の 17、課徴金府令 6 条 1 項）。

第 2 に、金融庁長官が指定する職員（「指定職員」）が審判手続に参加し、審判に立ち会って主張・立証行為（証拠の申出その他必要な行為）をすることができる（法 181 条 2 項・3 項）。指定職員は審判手続の当事者ではないが、その参加により審判官は第三者的立場から審判を主宰できる。実務上は証券取引等監視委員会の職員が指定されることになる。

第 3 に、被審人が防御の準備をできるように配慮されている。審判官は、第 1 回の審判期

日前に、被審人・代理人の申立てにより、資料の全部・一部の閲覧・謄写をさせることを指定職員に求めることができる（法 185 条の 17、課徴金府令 30 条 4 項本文）。

第 4 に、手続の公正性を確保する観点から、被審人に当事者として各種権利（意見陳述権、各種証券調べの申立権や求問権など）が保障されている（法 184 条 1 項、185 条 1 項、185 条の 2、185 条の 3 第 1 項、185 条の 4 第 1 項・2 項、185 条の 5、185 条の 17、課徴金府令 22 条 3 項など）。また、指定職員による主張変更は、被審人の利益を害する場合には許されない（法 181 条 4 項）。

（４） 審判手続の尊重

課徴金納付命令については、審判手続による固有かつ慎重な事前手続を経ていることをふまえて、これを尊重する仕組みがとられている。

具体的には、①金融庁長官は審判官が提出した決定案に基づいて決定を行うこと（法 185 条の 7 第 17 項）、②金融庁長官がした決定その他の処分（審判官がした処分を含む）については行政手続法が適用除外されていること（法 185 条の 20）、③行政不服審査法による不服申立てをできないこと（法 185 条の 21）、④課徴金納付命令の決定に対しては行政事件訴訟法上の取消訴訟を提起できるが、その出訴期間は決定の効力発生日から 30 日以内であり（法 185 条の 18）、行政事件訴訟法の出訴期間である「処分があったことを知った日から 6 か月を経過したとき」（同法 14 条 1 項）の特例として出訴期間が短縮されている。

（５） 審判手続の実務

実務的には、多くの被審人が事実および納付すべき課徴金額を認める答弁書を提出していることから、審判期日を開くことなく審判手続が行われている（法 183 条 2 項）。

証券取引等監視委員会の課徴金勧告は、その事実認定・評価が課徴金納付命令の決定を事実上左右しているとともに、その公表を通じて事実上の制裁的機能を有しているといえる。被審人が自らのレピュテーション・リスクを重視する場合には、審判期日においてこれを争うことを躊躇することもあり得る。このことからすると、審判手続は、制度上は課徴金納付命令という行政処分の事前手続として位置づけられているが、監視委員会の課徴金勧告を基軸に考えると、実際には事後手続の機能を有するものと捉えることもできる。

一方、最近では、審判期日の開催事案が増加している。その契機となった事案として、上場会社（ビックカメラ）の役員が有価証券の売出しにかかる「重要な事項につき虚偽の記載がある目論見書」の作成に関与したとして監視委員会から課徴金勧告を受けた事案について、被審人が目論見書作成に関与した時点で目論見書に虚偽記載があることを知っていたとまでは認められない（法 172 条の 2 第 5 項）として、審判官 3 名から違反事実がない旨の決定案が提出され、金融庁長官がその旨の決定をした事案（法 185 条の 7 第 16 項）がある（金融庁平成 22 年 6 月 25 日決定）。また、インサイダー取引の第 1 次情報受領者（法 166 条 3 項）にかかる課徴金勧告事案について、特定の情報伝達者からの情報受領を否定した決定がある（金融庁平成 24 年 10 月 23 日決定）。

（６）課徴金納付命令の決定後の手続の概要

課徴金納付命令の決定後の手続の流れは、①課徴金の納付期限は原則として決定書謄本発送日から２か月を経過した日であり（法 185 条の 7 第 19 項）、②金融庁長官は課徴金が納付期限までに納付されない場合には督促状により納付を督促し（法 185 条の 14）、③督促状における指定期限までに納付しない場合には課徴金納付命令（執行力のある債務名義と同一の効力）が執行される（国税徴収の例によらない）（法 185 条の 15）。

7 課徴金納付命令における証明責任・証明度

課徴金納付命令は行政処分である。国民の自由を制限し、または義務を課す行政行為の要件事実については、行政庁が立証すべきであると解される。課徴金納付命令に係る審判手続においても、指定職員が課徴金の納付を命ずべき原因の主張・立証を行うことが想定されている（金商法 181 条 2 項・3 項）。したがって、課徴金納付命令の要件事実について、行政当局（課徴金納付命令の勧告を行う証券取引等監視委員会及びその決定を行う金融庁長官）が証明責任を負うと解される。

そして、行政当局は、課徴金納付命令の要件事実について、民事訴訟（最判昭和 50 年 10 月 24 日民集 23 卷 9 号 1417 頁（ルンバール事件判決））や行政処分取消訴訟（最判平成 12 年 7 月 18 日判時 1724 号 29 頁（長崎原爆訴訟上告審判決））において必要とされる証明度と同様に、「高度の蓋然性」を証明しなければならず、「通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るもの」であることを必要とするものと考えられる。

第 3 金商法の課徴金制度の対象・水準

1 制度整備の経緯

課徴金制度は平成 16 年証取法改正により導入され、その際の対象は、①虚偽記載のある有価証券届出書などの提出、②風説の流布・偽計、③相場操縦行為（変動操作による現実取引）および④インサイダー取引に限定された。

継続開示書類の虚偽記載などに対する課徴金納付命令についても、その導入が検討されたが、経済的利得相当額を一義的に定量化することが必ずしも容易でないなどの法制上の理由から、その実効性確保の必要性にもかかわらず、平成 16 年証取法改正による導入は見送られ、平成 17 年証取法改正（内閣提出法案への議員提案による修正）により導入された。

そして、平成 20 年金商法改正により、課徴金による違反行為抑止の実効性を一層確保する観点から、課徴金制度の見直しが行われた。具体的には、①すでに対象とされている違反行為類型にかかる課徴金水準の見直し、②すでに対象とされている違反行為類型にかかる課徴金要件の見直し、③課徴金の対象となる違反行為類型の拡大、④課徴金の加算・減算制度の導入、⑤除斥期間の 3 年間から 5 年間への延長（法 178 条 3 項～27 項）や、⑥被審人に対する文書の送達場所の書面による届出の義務づけ（法 185 条の 10、民事訴訟法 104 条、課徴金府令 11 条の 2）などが行われた。

上記①の課徴金水準の見直しについては、経済的利得相当額を基準とする制度趣旨を維持しつつ、算定方法の見直しにより引上げが図られている。

2 課徴金制度の対象・水準

現行の金商法における課徴金納付命令の対象となる違反行為の種類と課徴金の水準は、図表のとおりである。

<図表> 課徴金制度の対象・水準

- 発行開示書類の不提出等による募集・売出し等（172条、172条の2第6項）
 - ⇒ 発行価額総額・売出価額総額の2.25%（株券等は4.5%）
- 虚偽記載等のある発行開示書類の提出等による募集・売出し等（法172条の2第1項～5項）
 - ⇒ 発行価額総額・売出価額総額の2.25%（株券等は4.5%）
- 継続開示書類の不提出（172条の3、172条の4第3項）
 - ⇒ 直前事業年度の監査報酬額相当額（これがない場合は400万円）
（四半期報告書・半期報告書はその2分の1）
 - ⇒ 300万円または市場価額総額の10万分の3のいずれか大きい額（臨時報告書）
- 虚偽記載等のある継続開示書類の提出（法172条の4第1項・2項）
 - ⇒ 600万円または市場価額総額の10万分の6のいずれか大きい額
（四半期報告書・半期報告書・臨時報告書等はその2分の1）
- 公開買付開始公告を行わない株券等の買付け等（法172条の5）
 - ⇒ 買付け等の価額の25%
- 虚偽表示・記載等のある公開買付開始公告等・公開買付届出書等などの不提出（法172条の6）
 - ⇒ （公開買付開始公告を行った日の前日の株券等の最終価格×買付け等を行った株券等の数）の25%
- 大量保有報告書・変更報告書の不提出（法172条の7）
 - ⇒ 報告書提出期限の翌日の時価総額の10万分の1
- 虚偽記載のある大量保有報告書・変更報告書などの提出（法172条の8）
 - ⇒ 報告書提出日の翌日の時価総額の10万分の1
- プロ向け市場等にかかる特定証券情報の不提供・不公表（法172条の9）
 - ⇒ 取得させた発行価額総額・売付価額総額の2.25%（株券等は4.5%）
- 虚偽等のある特定証券等情報の提供・公表（法172条の10）
 - ⇒ 発行価額総額・売付価額総額の2.25%（株券等は4.5%）（当該情報が公表されていない場合は虚偽等の情報提供を受けた人数に応じた額

- プロ向け市場等にかかる虚偽等のある発行者等情報の提供・公表（法 172 条の 11）
 - ⇒ 600 万円または市場価額総額の 10 万分の 6 のいずれか大きい額（当該情報が公表されていない場合は虚偽等の情報提供を受けた人数に応じた額）
- 風説の流布・偽計（法 173 条）
 - ⇒ 違反行為終了時までの売付け等（買付け等）の価額と違反行為終了後 1 か月間の最安値（最高値）の価額との差額
- 仮装・馴合売買（法 174 条）
 - ⇒ 違反行為終了時までの売付け等（買付け等）の価額と違反行為終了後 1 か月間の最安値（最高値）の価額との差額
- 現物取引による相場操縦（法 174 条の 2）
 - ⇒ 違反行為にかかる確定損益の価額＋違反行為終了時までの売付け等（買付け等）の価額と違反行為終了後 1 か月間の最安値（最高値）の価額との差額
- 違法な安定操作取引（法 174 条の 3）
 - ⇒ 違反行為にかかる確定損益の価額＋（違反行為開始時における売付け等（買付け等）の数量）×（違反行為終了後 1 か月間の平均価格と違反行為中の平均価格の差額）
- インサイダー取引（法 175 条）
 - ⇒ 重要事実公表前 6 か月以内の売付け等（買付け等）の価額と重要事実公表後 2 週間の最安値（最高値）の価額との差額

3 課徴金の加算・減算制度の導入

（1）制度趣旨

違反行為の的確な抑止を図るためには、繰り返し違反行為を行う者に対する抑止をより強くする必要がある。また、違反者自身が違反行為を自律的に発見する体制の構築を促すとともに、将来に向けて再発を防止することが重要である。このような観点から、独禁法による課徴金の加算・減免制度（同法 7 条の 2 第 5 項～9 項）を参考にして、平成 20 年金商法改正により課徴金の加算・減算制度が導入された。

（2）課徴金の加算制度

課徴金の加算制度は、違反行為の過去 5 年以内に課徴金納付命令などを受けた者に対して、法定の課徴金額の 1.5 倍の課徴金の納付を命ずるものである（法 185 条の 7 第 13 項）。過去 5 年以内に受けた課徴金納付命令にかかる違反行為の類型は問われない。さかのぼる期間が 5 年（独禁法では 10 年）とされたのは、金商法では過去 5 年が典型的に違反行為を繰り返す蓋然性があると認められる期間と考えられたことによる（法 29 条の 4 第 1 項 1 号イ・ロ・2 号ハ～ト、64 条の 2 第 1 項 1 号・2 号参照）。

(3) 課徴金の減算制度

課徴金の減算制度は、継続的・反復的に違反行為が行われる可能性が高い類型に限定して、違反者が当局の処分（報告・資料提出命令または検査）が行われる前に当局に報告した場合には、課徴金額を半額に減額するものである（法 185 条の 7 第 12 項）。課徴金の免除制度は設けられていない。

具体的な類型は、①虚偽記載等のある発行開示書類・継続開示書類の提出（法 172 条の 2 第 1 項、172 条の 4 第 1 項・2 項）、②大量保有報告書・変更報告書の不提出（法 172 条の 7）、③虚偽等のある特定証券等情報・発行者等情報の提供・公表（法 172 条の 10 第 1 項、172 条の 11 第 1 項）、④特定関与者（法 172 条の 12 第 1 項）および⑤上場会社等による自己株式の取得に際してのインサイダー取引（法 175 条 1 項・9 項）である。

当該報告は、一定の様式による報告書を、証券取引等監視委員会に、①直接持参する方法、②書留郵便または配達記録等を行う信書便により送付する方法、③ファクシミリ送信の方法のいずれかの方法により行われる（法 185 条の 17、課徴金府令 61 条の 7 第 1 項）。報告書の提出時期については、上記②の方法による場合にはその発送時に、③の方法による場合には証券取引等監視委員会による受信時に、それぞれ提出されたとみなされる（同条 2 項・3 項）。

実務的には、当事者は、課徴金納付命令の回避を望む場合に課徴金減算の報告をすると、行政当局から課徴金納付命令を容認したものと受け止められることを懸念するとの問題がある。

4 複数の課徴金納付命令の調整

経済的利得が同一であると想定される場合であっても、形式的に複数の違反行為が存在することから、複数の課徴金納付命令の決定がなされる場合について、実質的に課徴金額が重複しないようにする観点から、課徴金額を調整する諸規定が設けられている（法 185 条の 7 第 2 項～11 項）。

5 課徴金と刑事罰との相違

(1) 法人

法人は一般に犯罪能力がないと解されており、金商法においても、法人は、あくまでも当該法人の代表者、使用人その他の従業者の違反行為にかかる両罰規定に基づき、罰金刑の対象とされている（法 207 条）。法人に罰金を科すためには、これら行為者（個人）の違反行為が認められる必要がある。

これに対して、課徴金納付命令では、法人の役職員が法人の業務として当該法人の計算で違反行為を行った場合、当該法人自体が課徴金納付命令の対象となると解されている。この場合、課徴金は行政上の措置であることから、理論的には、行為者（個人）を特定する必要はないとされている。たとえば、虚偽記載等のある有価証券報告書については、提

出されていれば、法人である発行者が「提出したとき」に当たると解されている（法 172 条の 4 第 1 項）。

ただし、インサイダー取引規制では、「知った」が要件とされている（法 166 条 1 項・3 項、167 条 1 項・3 項）ことから、当該行為者が法人の計算でインサイダー取引を行った場合に当該法人に対する課徴金納付命令を決定するためには、行為者を特定してその者が「知った」ことが認定されることが必要である（法 175 条 1 項 3 号・2 項 3 号・9 項参照）。また、インサイダー取引以外の場合であっても、実務的には、法人に対して課徴金を課す場合には、行為者を特定することが望ましいといえる。

（2）故意

課徴金制度は、違反行為を抑止して規制の実効性を確保するという行政目的を達成するために違反者に金銭的負担を課す行政上の措置であり、刑事罰とは異なり、責任非難の観点を考慮する必要はないことから、一般に、故意犯であることは要件とされていない（過少申告加算税に関する最判平成 18 年 4 月 20 日民集 60 卷 4 号 1611 頁参照）。金融庁は、課徴金納付命令には、特に明文で求められている場合を除いて、故意やこれに相当する認識の存在を必要としないと解している（金融庁平成 23 年 7 月 20 日決定）。故意犯であることが要件とされる場合には、「知りながら」または「知った」が要件として明記されている（法 172 条の 2 第 2 項・5 項、172 条の 10 第 2 項、175 条 1 項・2 項、166 条 1 項・3 項、167 条 1 項・3 項）。

たとえば、虚偽記載等のある有価証券報告書の提出については、虚偽記載等のあることの認識を認定しなくても、課徴金納付命令の対象とすることができる。ただし、実務的には、行為者を特定してその者が概括的に事実関係を認識していたことを認定することが望ましいといえる。

（3）共犯と特定関与者

刑法総則の共犯規定（同法 60 条～65 条）は適用されない。したがって、各違反行為の類型に明記されている違反者のみが課徴金納付命令の対象となる。

ただし、平成 24 年金商法改正により、「開示書類提出者等」（発行者・公開買付者）が「虚偽開示書類等」を提出・提供・公表した場合において、これを「容易にすべき行為」または「唆す行為」である「特定関与行為」を行った者（「特定関与者」）に対して、課徴金納付命令が可能とされている（法 172 条の 12）。

これは、オリンパス事件を受けて、虚偽開示書類等の提出等に加担する行為に対する課徴金制度が新設されたものである。

当該課徴金の対象者には法人も含まれるが、開示書類提出者等の役員・従業員は対象とされない。開示書類提出者等の故意の存在は要件とされていないが、特定関与者には故意が必要と解されている。

6 課徴金と刑事罰との調整

(1) 概要

金商法には、課徴金と刑事罰との調整を図る諸規定が置かれている。ただし、課徴金制度の運用実務では、課徴金事案と刑事罰事案に区別されて処理されており、基本的には、同一事件について課徴金手続と刑事手続の両者が進められることはみられない。

ただし、理論的には両者の併用は可能であり、実際、オリンパスの虚偽有価証券報告書提出事件について、刑事事件としての起訴および課徴金納付命令の決定の両方が行われている。

(2) 罰金との調整

虚偽記載等のある継続開示書類の提出（法 172 条の 4 第 1 項・2 項）または虚偽等のある発行者等情報の提供・公表（法 172 条の 11 第 1 項）に対する課徴金納付命令を決定する場合に、同一事件について被審人に対して罰金の確定裁判があるときは、課徴金額から当該罰金額全額を控除した額が課徴金額とされている（法 185 条の 7 第 14 項、課徴金府令 61 条の 8）。同一事件とは、課徴金納付命令の基礎となっている事実と同一の事実関係にある刑事事件をいう。

当該調整については、継続開示義務違反にかかる課徴金は、違法行為の抑止を目的としたものであり、違法行為を抑止するという意味では刑事罰と同等の効果があることから、刑事罰との調整規定が必要であるという立法政策として考えられたものと説明されている。

(3) 没収・追徴との調整

風説の流布・偽計（法 173 条 1 項）、相場操縦行為・違法な安定操作取引（法 174 条 1 項、174 条の 2 第 1 項、174 条の 3 第 1 項）およびインサイダー取引（法 175 条 1 項・2 項）に対する課徴金納付命令を決定する場合に、同一事件について被審人に対して必要的没収・追徴（法 198 条の 2）の確定裁判があるときは、課徴金額から当該没収・追徴の合計額（「没収等相当額」）を控除した額が課徴金額とされている（法 185 条の 7 第 15 項）。

これらの違反行為の刑事事件では、裁量的減免があり得る（法 198 条の 2 第 1 項ただし書）ものの、経済的利得を包含する財産が没収・追徴の対象となり、このような場合にまで経済的利得相当額の課徴金を全額課す必要はないとの政策的観点から、調整が図られているものである。

(4) 課徴金納付命令の効力発生・停止

罰金額または没収等相当額との調整を簡明にするため、同一事件の刑事裁判の確定時における課徴金納付命令の決定の効力発生（法 185 条の 7 第 21 項本文・22 項本文）や刑事裁判が確定するまでの間における課徴金納付命令の決定の効力停止（法 185 条の 8 第 1 項）などが定められている。

7 課徴金とその他行政処分等との調整

課徴金とその他行政処分等との調整は、図られていない。したがって、たとえば金融商

品取引業者等は、課徴金納付命令と金商法に基づく業務改善命令・業務停止命令等の行政処分（さらには自主規制機関による過怠金賦課等の処分）の両方の対象となることがあり得ることになる。

第4 証券取引等監視委員会

1 趣旨

金融庁は機能別組織となっており、その内部組織は、①官房機能と制度の企画・立案機能を担う「総務企画局」、②監督機能を担う「監督局」、および③検査機能を担う「検査局」から構成され、各局が銀行・証券・保険・ノンバンクのすべての所管している。こうした機能別組織は、各機能間の緊張関係確保が重視されたものであるが、最近では各機能間の連携が重視される傾向にある。

機能別組織の一環として、市場監視機能を担う証券取引等監視委員会が金融庁に置かれている。国際的に珍しい組織形態である。監視委員会は、平成3年夏に表面化した証券会社による特定顧客に対する損失補填などの証券不祥事を契機として、市場ルールの遵守状況を中立的・客観的な立場から監視する機能を充実・強化する観点から設置され、専属の事務局が置かれている機関である。

2 組織

証券取引等監視委員会は、「審議会等」（内閣府設置法54条）として金融庁に置かれている（金融庁設置法6条1項）。監視委員会は、金商法、投信法、資産流動化法、社債等振替法および犯罪収益移転防止法の規定により、その権限に属させられた事項を処理する（同法8条）。

監視委員会は、内閣総理大臣が両議院の同意を得て任命する任期3年の委員長および委員2人をもって組織する合議制機関である（同法10条～13条）。委員長・委員は、原則として在任中その意に反して罷免されることのない身分保障を与えられている（同法14条）。内閣総理大臣、金融担当大臣および金融庁長官は、合議制機関である監視委員会を指揮監督できない。委員長・委員の職権行使の独立性が確認的に明示されている（同法9条）。

監視委員会に事務局が置かれる（同法19条）。監視委員会は、平成18年7月に従来の2課体制から5課体制に拡充され、平成23年7月に現在の6課体制に強化されている。具体的には、総務課、市場分析審査課、証券検査課、取引調査課、開示検査課および特別調査課である。

3 エンフォースメント重視

金融庁・証券取引等監視委員会は、法の適正な執行（エンフォースメント）を確保するための行政（監督・監視・検査）が重視されている行政機関である。日本の行政機関は、一般に制度の企画・立案が中心であり、法の適正な執行は伝統的に重視されてこなかった。

このためルールが必ずしも遵守されず、多くの問題が生じている。金融庁は、独占禁止法を所管する公正取引委員会や税の執行を担う国税庁とともに、法の適正な執行を重視する行政機関である。金融庁・監視委員会の職員の約 8 割弱が法執行部門（監督・検査・監視）に所属し、約 6 割弱が検査・監視部門に所属している。

金融庁・監視委員会の人員・組織は大幅に拡充されてきた。平成 10 年 6 月 22 日に設置された際の金融監督庁・証券取引等監視委員会の定員は 403 人であった。平成 23 年度末における金融庁・証券取引等監視委員会の定員は 1,537 人である（うち監視委員会 392 人）。これに加えて、地方の財務局・財務支局で金融行政に従事している職員が 1,600 人程度いる。

4 権限

証券取引等監視委員会は、法の規定により委任を受けた権限として、①金融商品取引業者等などに対する報告・資料提出命令および検査の権限（法 194 条の 7 第 2 項本文・3 項、令 38 条、令 38 条の 2 第 2 項）、②課徴金調査権限（法 194 条の 7 第 2 項 8 号）、③開示書類の提出者・関係者・参考人、公開買付者・関係者・参考人や大量保有報告書の提出者・関係人・参考人などに対する報告・資料提出命令および検査の権限（法 194 条の 7 第 3 項、令 38 条の 2 第 1 項）、④大量保有報告書にかかる発行会社・参考人に対する報告・資料提出命令権限（同）、ならびに⑤裁判所への緊急禁止・停止命令の申立権限およびそのための調査権限（法 194 条の 7 第 4 項）などを有するとともに、その職員の独自の権限として⑥犯則事件調査権限（法 210 条、211 条）を有する。

5 裁判所への緊急禁止・停止命令の申立権限

裁判所への緊急禁止・停止命令の申立権限（法 192 条）は、英米法におけるインジャンクション（差止命令）の制度にならい、昭和 23 年証取法制定当時から規定されていた制度であるが、最近まで 1 度も利用されていなかった。

金商法におけるエンフォースメント（法の実現）の手段は事後的な対応が中心であるが、できるだけ事前に違反行為を抑止する観点から、平成 20 年金商法改正により、証券取引等監視委員会に対して、当該申立権限（法 192 条 1 項）およびそのための調査権限（法 187 条）が委任されている（法 194 条の 7 第 4 項）。そして、平成 22 年金商法改正により、法 192 条違反に対する罰則（法 198 条 8 号）が両罰規定の対象とされている（法 207 条 1 項 3 号）とともに、当該申立権限および調査権限が財務局長等に委任されている（法 194 条の 7 第 7 項、令 44 条の 5）。

監視委員会による当該申立てに基づき、①無登録で株式売買などを業として行うことの禁止命令（東京地決平成 22 年 11 月 26 日判時 2104 号 130 頁）、②有価証券届出書の不提出で株式の募集などを行うことの禁止命令（甲府地決平成 22 年 12 月 15 日公刊物未登載）、③適格機関投資家等特例業務届出者が無登録で第二種金融商品取引業・投資運用業を行うことの禁止命令（札幌地決平成 23 年 5 月 13 日判タ 1362 号 203 頁）、④適格機関投資家等

特例業務届出者から委託を受けて無登録で組合型ファンド持分の募集・私募の取扱いを行うことの禁止命令（東京地決平成 23 年 7 月 5 日・15 日公刊物未登載）、および⑤適格機関投資家等特例業務届出者が私募に関して虚偽告知を行うことの禁止命令（東京地決平成 24 年 2 月 3 日公刊物未登載）が発せられている。

6 犯則調査権限

監視委員会の職員（財務局長等が指定した財務局等職員を含む）は、「犯則事件」の調査のため、犯則嫌疑者等（犯則嫌疑者・参考人）に対して出頭を求め、質問し、物件を検査・領置でき（法 210 条、224 条）、また、裁判官の発する許可状により、臨検・搜索・差押えをすることができる（法 211 条）。

犯則事件は一定の金商法違反の犯罪であり（令 45 条）、虚偽有価証券報告書等提出（いわゆる粉飾）、インサイダー取引、風説の流布、偽計や相場操縦などの罪が中心である。

委員会職員は犯則事件の調査結果を委員会に報告し（法 223 条）、委員会は犯則事件調査により犯罪の心証を得たときは告発しなければならない（法 226 条）。監視委員会には検察官が出向し、監視委員会職員と検察庁検事は、「告発問題協議会」の場などを通じて情報交換や協議を図っている。

こうした犯則事件の調査権限を有する行政機関の職員として、他に公正取引委員会の職員（独禁法 101 条、102 条）、国税庁の職員（国税犯則取締法 1 条、2 条）や税関職員（関税法 119 条、121 条）がある。

7 勧告・建議

監視委員会は、内閣府に置かれる「委員会」（内閣府設置法 49 条 3 項）である公正取引委員会（独禁法 27 条 1 項）とは異なり、自ら国家意思を決定表示し得るものではない。このため、監視委員会は自ら行政処分を行うことはできないが、証券取引検査等を行った場合に必要と認めるときは、その結果に基づき、内閣総理大臣・金融庁長官に対し、行政処分その他の措置について勧告できる（金融庁設置法 20 条）。監視委員会の勧告は、実務上公表されているが、公表に係る明示的な法的根拠があるものではなく、行政処分に至る過程にとどまる段階で果たして公表を行う必要があるかどうかについて、疑問も残る。

また、監視委員会は、証券取引検査等の結果に基づき、必要と認めるときは、内閣総理大臣・金融庁長官などに対し、必要な施策について建議できる（同法 21 条）。

監視委員会の勧告・建議には法的拘束力はなく、また内閣総理大臣・金融庁長官による尊重義務も法定されていないが、金融庁は基本的に監視委員会の勧告・建議を事実上尊重して行政処分または施策を行っている。こうした円滑な実務運営の確保する観点から、監視委員会事務局は、金融庁関係部局との間で連絡・調整を図っている。

【主要参考文献】

〔単行本〕

- 三井秀範編著・岡田大ほか『課徴金制度と民事賠償責任』（金融財政事情研究会、2005）
池田唯一＝三井秀範ほか『逐条解説 2008 年金融商品取引法改正』（商事法務、2008）
岩原紳作ほか編『金融商品取引法セミナー開示制度・不公正取引・業規制編』（有斐閣、2011）

〔論文等〕

- 岡田大＝吉田修ほか「市場監視機能の強化のための証券取引法改正の解説—課徴金制度の導入と民事責任規定の見直し」商事 1705 号 44 頁（2004）
橋本博之「証券取引法における課徴金制度の導入」商事 1707 号 4 頁（2004）
岡田大＝相澤正樹ほか「証券取引法上の課徴金制度導入に伴う関係政令等整備の概要」商事 1725 号 27 頁（2005）
諏訪園貞明「改正独占禁止法の解説」商事 1733 号 4 頁（2005）
谷口義幸「証券取引法の一部改正の概要——平成 17 年法律第 76 号の解説」商事 1739 号 59 頁（2005）
松尾直彦「証券分野の国際的情報交換枠組みと証券取引法 189 条の課題」商事 1741 号 42 頁（2005）
梅本剛正「課徴金制度の改正について～ワーキンググループ報告の検討を中心に～」証研レポート（日本証券経済研究所）1646 号 8 頁（2008）
松尾直彦「証券分野における国際的な情報交換枠組みの進展状況について」神作裕之責任編集・財団法人資本市場研究会編『ファンド法制』289 頁（2008）
大来志郎＝鈴木謙輔「課徴金制度の見直し」商事 1840 号 30 頁（2008）
高橋洋明「平成 20 年金融商品取引法等の一部改正に係る政令・内閣府令の概要」商事 1854 号 101 頁（2009）
鈴木謙輔「課徴金制度の見直し」商事 1855 号 13 頁（2009）
川口恭弘「課徴金制度の見直し」ジュリ 1390 号 53 頁（2009）
木目田裕「弁護士からみた証券取引等監視委員会の法執行」金法 1900 号 87 頁（2010）
萩原秀紀「緊急差止命令（金商法 192 条 1 項）の活用」商事 1923 号 19 頁（2011）
小長谷章人ほか「課徴金制度の見直し（2）」商事 1984 号 35 頁（2012）

〔審議会等〕

- 臨時行政改革推進審議会「証券・金融の不公正取引の基本的是正策に関する答申」（平成 3 年 9 月 13 日）
総合規制改革会議「規制改革の推進に関する第二次答申」（平成 14 年 12 月 12 日）
金融審議会金融分科会第一部会「市場機能を中核とする金融システムに向けて」（平成 15 年 12 月 24 日）
金融審議会金融分科会第一部会「ディスクロージャー制度の信頼性確保に向けて」（平成 16 年 12 月 24 日）
財団法人行政管理研究センター「準司法的手続に関する調査研究報告書」（平成 19 年 10 月）
金融審議会金融分科会第一部会法制ワーキング・グループ報告「課徴金制度のあり方について」（平成 19 年 12 月 18 日）
日本弁護士連合会「被検査先が弁護士に相談することを事前報告・許可制とする金融庁及び証券取引等監視委員会の検査指針の撤廃を求める意見書」（平成 21 年 12 月 17 日）
金融審議会インサイダー取引規制に関するワーキング・グループ「近年の違反事案及び金融・企業実務を踏まえたインサイダー取引規制をめぐる制度整備について」（平成 24 年 12 月 25 日）

第3章 米国反トラスト法・EU競争法 ～国際的なカルテル規制の強化～

宮川 裕光

第1 国際的なカルテル規制の最近の動向

米国においては、2011年11月以降、自動車部品の製造・販売業者及び行為に関与した役員・従業員に対する厳しい処罰が継続して行われている。2012年11月には、米国司法省より、新たに1名の日本人が有罪を認めて1年と1日の禁固刑及び2万ドルの罰金の支払いに同意したことが公表された。これまでに日本企業7社を含む9社が有罪を認め、合計7億9,000万ドルを超える罰金が科されるとともに、12名の個人に対しても、1年1日から2年までの禁固刑が科された。米国反トラスト法は、カルテルを実行した企業及び個人の双方に対する刑事罰を規定しており、これまでの国際カルテル事件においても、違法行為に深く関与していた等の事情が認められる個人については、司法省と企業との間の司法取引の適用範囲から除外したうえで、個別に刑事訴追が行われてきた。しかしながら、上記の自動車部品カルテル事件については、極めて多数の個人が有罪を認めて自ら米国で服役することに同意しているという点において、これまでの国際カルテル事件とは大きく異なる傾向が認められる。

一方、EUにおいても、カルテル行為に対する厳格な法執行が継続して行われており、日本企業に対しても巨額の制裁金が科せられる国際カルテル事件が後を絶たない。2012年12月、欧州委員会は、テレビ及びコンピューターモニター用ブラウン管に関するカルテル事件について、これまでの最高額である総額14億7,000万ユーロの制裁金を科した。欧州委員会によるカルテル行為に対する制裁金額は、2006年以降、急激に増加しており、2007年には、日本企業にも高額な制裁金が科せられる国際カルテル事件が相次いだ。その後、制裁金の10%の減額を認める和解手続を活用した事案、企業の経済状況を考慮して制裁金の減額を認めた事案なども存在するものの、欧州委員会のカルテルに対する厳格な姿勢に変わりはない。

欧米を中心とした国際的なカルテル規制に関する最近の動向としては、各国・地域の競争当局間における国際的な連携の強化、法人及び個人を含む行為者に対する処罰の厳格化、国境を越えた事件の広がりや外国企業、領域外の行為に対する国際的執行の拡大の各点を挙げることができる。

1 国際的な競争当局間の連携強化

最近の国際カルテル事件については、事前の競争当局間の情報交換により、複数の国・地域において一斉に立入検査等の調査が開始されることが常態化しており、公正取引委員

会の法的措置に関する報道発表資料においても、米国司法省、欧州委員会等と同時期に調査を開始したことが記載される事案が増加している。その背景には、欧米先進国のみならず新興国を含めた競争法制定国の拡大、カルテルは重大犯罪として厳罰に処すべきとの共通認識の広まりを基礎として、二国間協定及び国際組織を通じた競争当局間の連携強化に向けた取組が積極的に行われているという状況が存在する。公正取引委員会は、米国（1999年）、EU（2003年）及びカナダ（2005年）との間でそれぞれ独占禁止協力協定を締結するとともに、アジア諸国、メキシコ、チリ等との間で締結された経済連携協定においても、相手国の領域における競争に悪影響を及ぼす可能性がある反競争的行為に係る自己の執行活動の相手国への通報及び相手国の執行活動に関連し又はその執行活動を正当化することがあると認める反競争的行為に関する重要な情報の相手国への提供等を含む反競争的行為の規制等に関する協力規定が設けられている。また、2001年10月に設立された国際競争ネットワーク（ICN）においては、各国の競争政策の整合性の確保と収斂、違法行為の摘発に向けた競争当局間の情報交換や協力関係の拡大を図ることを目的とした各種の活動が行われており、2004年に設置されたカルテル作業部会においては、カルテルに対する法執行に関するマニュアル、カルテル審査における競争当局間の協力に関する報告書等が作成されている。カルテル執行に関する競争当局間の連携強化の動きは、今後も継続していくものと考えられ、こうした競争当局の動向に対応して、企業側においても、海外のグループ会社を含めたグローバルなコンプライアンス体制及び違法行為発見時の対処方法等の危機管理体制を確立していくことが重要となる。

2 厳罰化

米国においては、1990年代後半から企業に対する罰金額が1,000万ドルを超える大型のカルテル事件の摘発が行われているが、2007年以降の年間罰金額の合計はいずれも5億ドルを超え、2012年の年間罰金合計額は11億ドルとなっており（図表1参照）¹、罰金の高額化、厳罰化は明らかである。また、個人に対する禁固刑の刑期も、1990年代の平均は8か月、2000年代の平均は20か月であったが、2010年から2012年の平均は25か月となっており、長期化の傾向が顕著である。

米国シャーマン法第1条の違反行為であるカルテルは刑事事件であり、刑事裁判を通じて罰金等の刑罰が科される。そして、刑事裁判においては、訴追する側（カルテル事件においては司法省反トラスト局）が合理的な疑いを超える程度に犯罪事実を立証しなければならない。もっとも、事件の多くは司法取引により解決されており、事実関係及び証拠の詳細を客観的に確認することは困難な状況となっている。カルテル行為に対する罰則が極めて重大且つ厳格であることを考慮すれば、仮に、司法取引による解決を図る場合であっても、具体的な事実関係及び証拠の内容の詳細について十分に検討することが必要不可欠である。

¹ 米国司法省公表統計資料「CRIMINAL ENFORCEMENT Fine and Jail Charts Through Fiscal Year 2012」、available at <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/264101.html>.

一方、2008年から2012年の5年間に欧州委員会により課された制裁金の合計額は約91億6,320万ユーロとなっており²、2008年以降、明確な増加傾向は認められない。しかしながら、1995年から1999年の制裁金合計額は約2億9,284万ユーロ、2000年から2004年の合計額は約34億6,266万ユーロであったところ、2005年から2009年の合計額は約94億4,301万ユーロへと大幅に増加しており、2010年から2012年の合計額もすでに約53億5,821万ユーロとなっている（図表4参照）。今後、EUにおいても、カルテル行為に対する巨額の制裁金による厳格な制裁は継続するものと考えられる。

3 国境を越えた事件の広がり と 国際的執行の拡大

米国及びEUを中心とした厳格なカルテル規制は、外国企業による国外の行為に対しても活発に行われており、日本企業が海外で摘発される事例も急増している。競争法の国際的執行の拡大は、各国の競争当局が領土外で行われた行為であってもその効果が自国内の市場で発生している場合には自国の法律の適用が可能であるとする効果主義の立場を採用したこと、また、事件の発覚前に違法行為の存在を当局に報告した者に免責を与えるリニエンス制度が世界的に広まったことに起因する。通常、社内監査の実施等によりカルテルの存在を発見した企業は、罰金等による会社への損害を最小化すべく、当該カルテルが影響を与えた国、すなわち、カルテルの対象製品が供給されていた国におけるリニエンス申請の可否を検討する。また、ある国において調査対象とされた企業においても、当該被疑事実についていずれかの関係国においてリニエンス申請の余地があるかについて検討するとともに、他の事業部門及び製品についても社内調査を実施し、仮にカルテルが発見された場合には、当該カルテルについては関係各国における第一順位のリニエンス申請を目指して迅速な準備を行うこととなる。こうした免責の獲得に向けた各企業の迅速な行動と競争、その結果として発生するリニエンス申請の連鎖により、国内のカルテル事件が国際的な事件へと拡大し、一つのカルテル事件が他の製品に関する別のカルテル事件の摘発につながるという現象が国際的に発生しているのである。

4 検討すべき問題点

上記のような最近のカルテル規制の動向、特に、各国の競争当局による連携強化と国際的な法執行については、国際法及び適正手続等の観点から問題がないかという検討も必要である。例えば、海外競争当局による我が国所在の参考人に対する事情聴取の要請や我が国所在の法人に対する直接の情報提供要請について、形式的には任意の対応とされているものの、企業の立場からは、調査への非協力として罰金、制裁金の増額等の不利益を被るのではないかと懸念から、実質的には対応を強制されているという実情があると考えられる。こうした海外の競争当局による調査活動については、それが公権力の行使に該当す

² 欧州委員会公表統計資料、
available at <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. (2012年12月5日現在)

ると判断し得るものとすれば、国際法上の問題が発生する可能性を否定し得ない³。

また、同一の行為に対して複数の競争当局による執行活動が行われる場合、法執行及び制裁の重複という問題が発生する可能性がある。具体的には、日本において販売されたカルテル対象製品の購入者が当該製品を米国に輸出した場合、あるいは、カルテル対象製品が部品である場合に、日本における部品の購入者（最終製品の製造販売業者）が当該部品を組み込んだ最終製品を EU に輸出した場合、効果主義の立場からは、日本、米国及び EU の全ての国・地域における法執行が可能とされる余地がある。競争当局としては、他国における法執行の有無とは関わりなく、国内市場における競争制限効果の発生が認められる限り、自国の市場に悪影響を与える違法行為に対する制裁及び競争秩序の回復という観点から法執行を回避すべき理由はないとの考え方を採用するものと思われる。この点、日本政府は、1997年7月にファックス感熱紙事件について米国連邦最高裁判所に提出した法定助言者陳述書（amicus curiae brief）において、日本領域内において日本企業が行った反競争的行為に対する米国反トラスト法の適用について、刑事罰と非刑事罰の適用を区別した上で、刑事罰規定の適用は、対象とされる事案と法適用を行おうとする国との間に直接的且つ実質的な連関が存在しない場合には国際法上違法且つ無効であること、各国間の管轄、政策の衝突については、一方的な域外適用ではなく二国間の協議によって解決されるべきことを主張している。すなわち、効果主義の考え方を採用するとしても、対象とされる行為が法適用国の市場に、直接的且つ実質的な影響、効果を与えているかについての確認が必要であると考えられるのである。最近のカルテル規制においては、競争当局間の連携、国際的協調によるカルテル摘発という側面が強調されているものの、同一の行為に対して複数の競争当局による法執行が競合する場合には、法執行及び制裁の重複という問題の回避も重要な課題となる。国際的な競争当局間の連携及び執行協力の推進にあたっては、一方の国による法執行活動については、他方の国の執行活動の目的及び重要な利益が考慮されるべき消極礼讓の考え方、また、行為地の管轄国が、自国の競争法の執行により反競争的行為の排除及び競争秩序の回復を図るという積極礼讓の考え方、そして、こうした執行活動の調整に関する判断基準の明確化が必要不可欠であり、こうした消極礼讓又は積極礼讓の考え方にに基づき、国際的な法執行及び制裁の重複という問題を回避することも十分に検討されるべきである。

第2 米国反トラスト法におけるカルテル規制

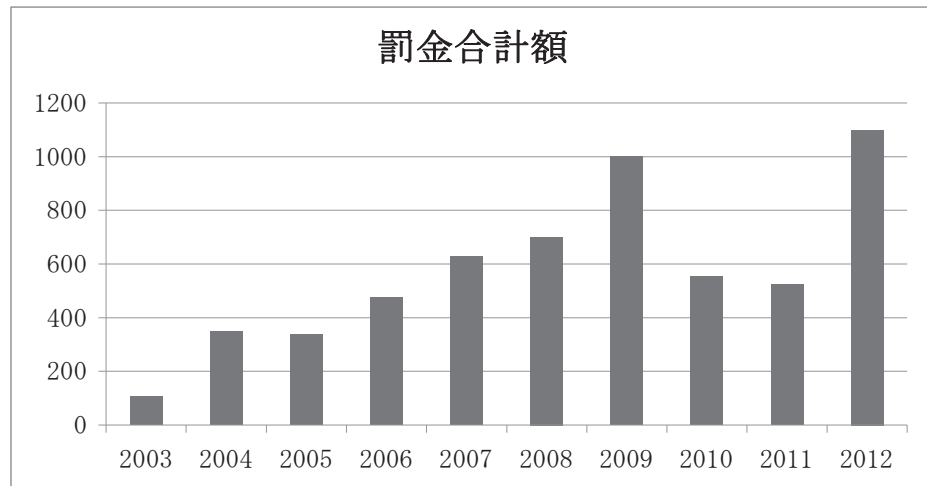
米国反トラスト法におけるカルテル規制については、当然違法の原則による違法性認定、個人に対する禁固刑を含む厳格な刑事罰、司法取引を通じた事案の解決、そして、3倍額損害賠償制度を基礎とした活発な民事訴訟等の特徴がある。

³ 経済産業省「競争法の国際的な執行に関する研究会 中間報告」（2008年6月25日）

1 米国における法執行の状況

米国における反トラスト法違反行為に対する年間の罰金合計額は、2003年の1億700万ドルから2012年の11億ドルへと大きく増加している（図表1参照）。

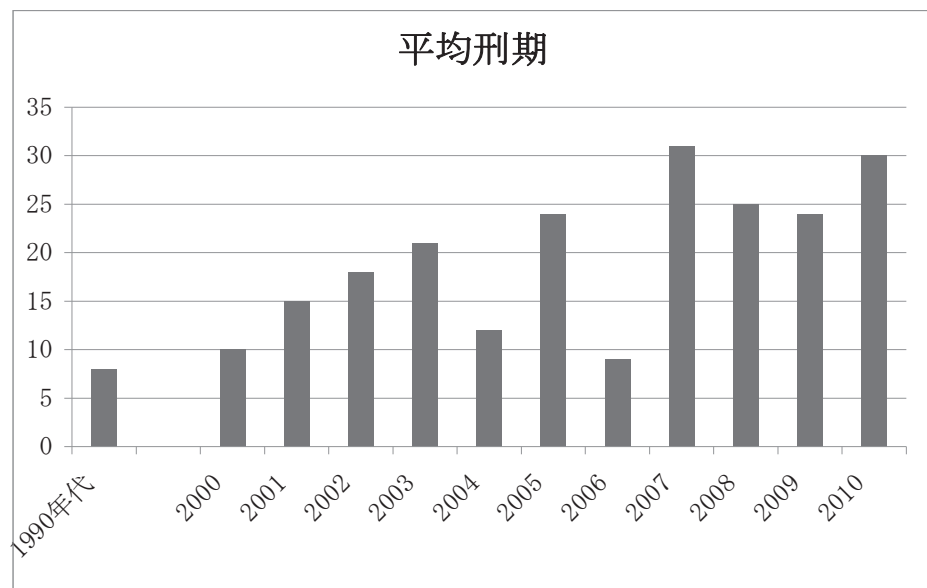
<図表1> 罰金額の推移（単位：百万ドル）



【出所】米国司法省公表統計資料より作成

また、個人に対する禁固刑の刑期についても、1990年代には平均8か月であったものが2010年には平均30か月にまで長期化している（図表2参照）。

<図表2> 平均刑期の推移（単位：月）



【出所】米国司法省公表統計資料より作成

<図表 3> 罰金額上位 10 社（単位：百万ドル）

事業者名	年	罰金額 (\$)	対象製品
AU Optronics	2012	500	液晶ディスプレイパネル
ロッシュ	1999	500	ビタミン
矢崎総業	2012	470	自動車部品
LG ディ스플레이	2009	400	液晶ディスプレイパネル
エール・フランス KLM オランダ航空	2008	350	航空輸送（貨物）
大韓航空	2007	300	航空輸送（貨物、旅客）
ブリティッシュ・エアウエイズ	2007	300	航空輸送（貨物、旅客）
サムスン・エレクトロニクス サムスン・セミコンダクター	2006	300	DRAM
BASF	1999	225	ビタミン
Chi Mei Optoelectronics	2010	220	液晶ディスプレイパネル

【出所】米国司法省公表統計資料より作成

2 法体系

米国反トラスト法の中心であるシャーマン法第 1 条は、「数州間又は外国との取引、通商を制限する全ての契約、トラストその他の形態による結合又は共謀は違法とされる」と規定しており、価格協定、入札談合、市場分割、共同の取引拒絶を含む複数企業間の取引制限行為が禁止される。そして、前述のとおり、こうした競争制限行為は重大な刑事犯罪であり、厳しい刑事罰が科されることになる。なお、シャーマン法第 1 条の規制対象には、競争者間の水平的な制限行為のみならず、取引先との間の垂直的な協定も含まれる。

シャーマン法第 1 条の規制対象とされる行為のうち、価格協定、入札談合、市場分割、共同の取引拒絶等の特定の行為類型については、長年の判例の集積を通じて、競争制限以外の目的、効率性の向上等の正当化されるべき価値を有せず、反競争的効果が明白であるとして、当然違法の原則の考え方にに基づき、行為の効果や市場への影響に関する具体的且つ詳細な分析を行うことなく違法との判断がなされる。

シャーマン法第 1 条に違反する行為については、法人に対する 1 億ドル以下の罰金、個人に対する 100 万ドル以下の罰金若しくは 10 年以下の禁固刑又はその併科という法定刑が規定されている。但し、特別法により、罰金額については、違反行為により得られた利益又は与えた損害の 2 倍まで引き上げることが認められていることから、最近の国際カルテル事件については、1 億ドルを超える巨額の罰金が科されている。

3 執行手続

シャーマン法第 1 条に違反する行為については、司法省が訴追権限を有しており、リニ

エンシー申請、被害者からの情報提供等を端緒として捜査を開始する。一般的に、当事者は、大陪審からの文書提出命令と証人喚問の要請、立入検査等により、捜査開始の事実を認識する。リニエンシー申請により刑事免責を与えられる場合を除き、捜査の対象とされた企業は、違法行為への関与を認め、捜査協力と司法省との司法取引による解決を図るべきか、刑事裁判において違法行為の存否を争うべきかという重要な判断を迫られる。司法省は、早期に捜査協力としての情報提供を開始した者に対して、より有利な量刑上の取扱いを認めることから、対応方針の迅速な決定が求められる。司法取引を行うことを決定した場合には、司法省に対する事実関係の報告と文書等の提出を継続的に行うとともに、司法取引の内容に関する交渉が行われる。その際、違法行為の範囲、継続期間等の有罪を認めるべき事実の範囲のみならず、罰金額の基礎となる違法行為の影響を受けた取引の範囲、捜査協力による減額幅等についても議論する。

米国においては、カルテルに関与した個人に対する刑事責任の追求も行われる。そのため、司法省との間の司法取引においては、通常、特定の役員又は従業員を司法取引の範囲から除外するカーブ・アウト (carve out) ということが行われる。カーブ・アウトの対象者、すなわち、企業とは別に個人として刑事罰を受ける可能性のある個人は、カルテルへの関与の程度及び社内における地位の高さを基準として判断されている。司法省は、将来の違法行為を抑止するという観点から、なるべく地位の高い者に対する刑事処分を目指しており、違法行為への積極的且つ直接的な関与を認め得る者のみならず、違法行為の存在を黙認し、カルテル停止に向けた努力を怠った役員等についても、カーブ・アウトの対象とされる危険性がある。

4 民事訴訟

民事上の損害賠償請求の原告には、カルテルによる直接の被害者（直接購入者）のみならず、一般消費者等のカルテル対象製品の間接購入者も含まれる。民事訴訟においては、刑事事件における認定事実を基礎とした違法行為の存在の立証が行われる。そのため、司法省との司法取引においても、将来の民事訴訟提起の可能性を考慮して、有罪を認める違反事実の範囲を限定する努力が重要となる。

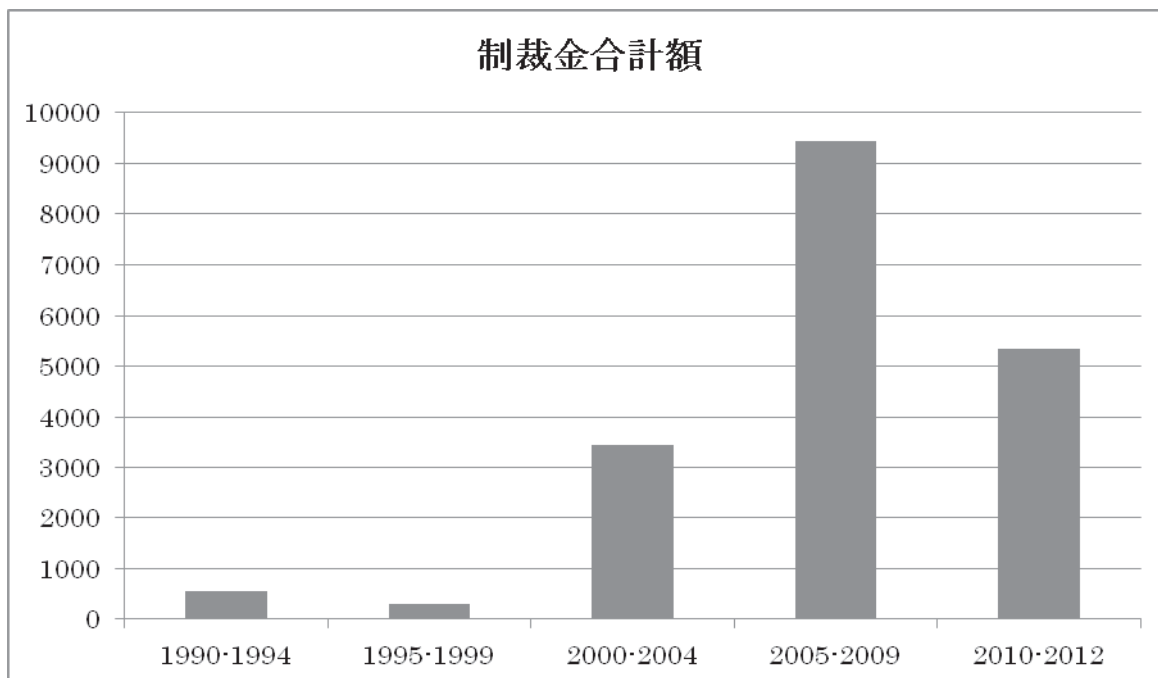
第3 EU 競争法におけるカルテル規制

1 EUにおける法執行の状況

EUにおいても、欧州委員会によるカルテル行為に対する制裁金の額は、2006年以降、急激に増加した（図表4参照）。その背景には、1996年に導入されたリニエンシー制度について、2002年及び2006年の各改正により実効性が高められたこと、2004年5月の理事会規則1/2003の施行により、欧州委員会、各加盟国の競争当局及び裁判所が個別の各事案についてEU競争法を直接適用することが可能とされたこと、2006年6月の制裁金の算定方法に関するガイドラインの改正により、高額の制裁金を科すことが可能とされたこと等

の事情が存在する。

<図表 4> 制裁金額の推移（単位：百万ユーロ）



【出所】欧州委員会公表統計資料（2012年12月5日現在）より作成

<図表 5> 制裁金額の上位 10 社（単位：ユーロ）

事業者名	年	罰金額	対象製品
Saint Gobain	2008	896,000,000	自動車用ガラス
フィリップス	2012	705,296,000	テレビ・コンピューターモニター用ブラウン管
LG エレクトロニクス	2012	687,537,000	テレビ・コンピューターモニター用ブラウン管
ロッシュ	2001	462,000,000	ビタミン
シーメンス	2007	396,562,500	ガス絶縁開閉装置
Pilkington	2008	370,000,000	自動車用ガラス
Ideal Standard	2010	326,091,196	浴室設備
E.ON	2009	320,000,000	ガス
GDF Suez	2009	320,000,000	ガス
ThyssenKrupp	2007	319,779,900	エレベーター・エスカレーター

【出所】欧州委員会公表統計資料（2012年12月5日現在）より作成

2 法体系

EU 競争法におけるカルテル規制は、欧州連合の機能に関する条約（TFEU 条約）第 101 条により行われている。同条は、加盟国間の通商に影響を与え、共同体市場における競争を阻害、制限、歪曲する目的又は効果を有する全ての企業間の協定、企業団体の決定及び協調的行動を禁止する。EU 競争法のもとにおいても、価格協定、入札談合、生産調整及び市場分割等の各行為類型は、競争秩序を直接的に破壊し、効率性等の利益を有しない所謂ハードコア・カルテルとして、市場における競争制限効果に関する分析を行うことなく違法と判断される。

カルテルに対する制裁金は、直近年度の全世界売上高の 10%を上限として、違法行為に係る売上高に対して、行為の重大性に基づく係数（最大 30%）及び違法行為の継続年数をそれぞれ乗じ、さらに重大な違法行為については売上高の 15%～25%のエントリー・フィーと称される金額を加算した合計額をもって基本額とされる。そして、基本額に対して、制裁金の算定に関するガイドラインに規定された加重・軽減事由を考慮した調整を行い、最終的な制裁金額が決定される。

3 執行手続

欧州委員会による調査手続は、リニエンシー申請による情報提供等を端緒として、立入検査及び情報提供要請等を利用した事実関係の調査、被疑事実と証拠を示す異議告知書の送達、企業側による委員会記録の閲覧・謄写と答弁書及び証拠の提出、聴聞手続の実施、諮問委員会の協議の各手続を経て、最終的には委員会決定が行われる。また、欧州委員会は、2008 年 6 月、調査及び訴訟手続に伴う負担の軽減とカルテルの迅速且つ効率的な摘発を目的として、制裁金額の 10%減額を認める和解手続を導入している。

4 司法審査

欧州委員会の決定は、総合裁判所及び司法裁判所による司法審査の対象とされる。2011 年 7 月 12 日のガス絶縁開閉装置カルテル事件に関する総合裁判所判決は、欧州企業と異なる制裁金の算定方法を採用したことは平等原則に反するとの理由から、日本企業 2 社に対する制裁金決定を取り消すとともに、他の日本企業 1 社については、欧州委員会が保有していなかった重要な証拠を提供していたものと評価して制裁金の減額を認めた。上記日本企業 2 社については、2012 年 6 月に、欧州委員会による再度の制裁金決定がなされている。

第4 リニエンシー制度

現在の国際的なカルテル規制は、リニエンシー制度を基礎として成り立っているといっても過言ではない。リニエンシー制度による厳しい制裁の免責は、企業側に情報提供及び捜査協力のインセンティブを与え、競争当局によるカルテルの摘発及び立証を容易にするばかりでなく、カルテル参加者間に、何時、誰が競争当局にカルテルの存在を報告するか分からないという疑心暗鬼を生じさせることにより、カルテルを内部から崩壊させるという効果も認められる。米国司法省は、今日の積極的なカルテル規制は、過去20年間に亘る違法行為に対する厳罰とリニエンシー制度による免責の付与を組み合わせた所謂「飴と鞭」の執行方針の確立に向けた努力により実現されたものであること、こうした執行方針が世界各国に拡大して成果をあげていることを強調している⁴。我が国においても、2006年1月の導入以降、課徴金減免制度に基づく事業者からの報告件数は増加の一途を辿っており、2011年度末までの累計は延べ623件となっている⁵。

1 米国のリニエンシー制度

米国のリニエンシー制度のもとにおいては、所定の条件を満たす最初の申請者についてのみ刑事訴追からの免責が認められる。免責の条件は、

- ① 申請時点において、司法省が、違法行為に関する情報を他の情報源から得ていないこと
- ② 申請者が、違法行為の終了に向けて迅速且つ効果的に行動していること
- ③ 違法行為に関する誠実且つ完全な報告と捜査期間中の完全且つ継続的な協力を行うこと
- ④ 企業としての申請であること
- ⑤ 可能な限り、被害者に対して損害を賠償すること
- ⑥ 違法行為の首謀者や行為を開始した者ではなく、他社に違法行為への参加を強制していないこと

である。

司法省による捜査の開始後であっても、申請の時点において、司法省が公判を維持し得るだけの証拠を保有していない場合には、上記②乃至⑥の各条件を満たす最初の申請者について免責が認められる。また、企業について免責が認められる場合、違法行為への関与を誠実且つ完全に認めた全ての役員及び従業員についても、司法省に対する捜査期間中の継続的な協力義務の履行を条件として、刑事免責が認められる。また、米国においては、捜査開始前に違法行為の存在を最初に報告した個人についても、所定の条件を満たす場合

⁴ Scott D. Hammond, Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement, U.S. Department of Justice Antitrust Division, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*.

⁵ 公正取引委員会、「平成23年度における独占禁止法違反事件の処理状況について」(2012年6月6日)

に刑事免責を認める個人リニエンス制度も存在する。

米国のリニエンス制度の大きな特徴は、アムネ스티・プラス及びペナルティ・プラスである。アムネ스티・プラスとは、最初の事件（第1事件）の第2順位以降の申請者であっても、他の事件（第2事件）について最初に申請を行った場合には、第2事件についての免責に加えて、第1事件についても罰金の減額を認めるものである。また、ペナルティ・プラスは、第2事件の申請が可能であったにもかかわらず、これを行わなかった場合に、第2事件の量刑を重くするというものである。これらの制度は、企業に対してあらゆる違法行為を当局に報告するインセンティブを与えるものであり、事件の連鎖的な摘発へとつながっている。

2 EUのリニエンス制度

EUのリニエンス制度のもとにおいては、米国とは異なり、制裁金の減額を認められる可能性のある申請者の数に制限はない。まず、以下の条件を満たす最初の申請者については、制裁金の全額免除が認められる。

- ① 対象を絞った調査の開始又は違法行為の証明を可能とする情報、証拠を最初に提供すること
- ② 違法行為に関する情報及び証拠を入手した場合には迅速に提出すること
- ③ 当局の要請に速やかに回答すること
- ④ 役員及び従業員に当局の事情聴取を受けさせること
- ⑤ 違法行為に関する情報、証拠を破棄、変造又は隠匿しないこと
- ⑥ リニエンス申請の事実及び内容を開示しないこと
- ⑦ 違法行為を停止すること
- ⑧ 申請検討中の証拠保全、検討の事実及び内容を開示しないこと

次に、制裁金の減額については、上記の調査への協力義務及び守秘義務等の条件を満たすとともに、欧州委員会がすでに保有している証拠との関係において、高い付加価値を有する証拠の提出が必要とされる。一般的には、違法行為の時点で作成されていた証拠、違反行為を直接的に証明する証拠、他の証拠による補強を必要としない証拠について、付加価値が認められる。高い付加価値を有する証拠を最初に提出した申請者については30%から50%、第2順位申請者については20%から30%、それ以降の申請者については最高20%までの減額を認め得るとされている。

3 実務上の留意事項

社内調査の結果として違法行為の存在を発見した場合、あるいは、いずれかの国において調査対象とされた場合には、迅速にリニエンス申請を行うべきかについて検討する必要がある。

まず、当該違法行為が影響を与えた可能性のある国・地域を特定しなければならない。

そして、特定された国・地域について、リニエンシー制度の有無、制裁の減免を得るための条件、申請手続等を確認した上で、最終的な申請の可否を判断する。具体的な考慮要因としては、申請により得られる利益、すなわち、得られるであろう減免の内容と減免獲得の可能性がある。一般的には、カルテルの対象とされた製品、役務の取引額に一定割合を乗じた金額を基礎として罰金、制裁金等の算定が行われることから、こうした対象製品、役務の範囲及びカルテルの始期及び終期を確認するとともに、申請において提供し得る情報、証拠の価値を評価することが重要である。また、民事上の損害賠償請求を受ける危険性について、対象地域においてどの程度活発に損害賠償請求訴訟が提起されているか、対象製品、役務の性質（例えば、最終製品であるか部品等の中間財であるか）により誰が損害賠償請求訴訟を提起する可能性があるのか、さらには、リニエンシー申請により提出した資料、証拠が民事訴訟の原告に開示される可能性の有無という観点からも検討しなければならない。その他、将来の事業活動に与える影響の程度等についても注意深く分析することも必要不可欠である。

次に、特定された国・地域において申請することを決定した場合には、各国当局に可能な限り同時期に申請することが重要である。もちろん、申請に必要とされる作業量の観点から、全ての国・地域における同時申請が困難なことも十分に考えられる。その際には、想定される制裁が重い国における申請作業を優先することも一つの方策である。しかしながら、原則として、申請により得られる利益は申請の順位に対応すること、一部の国で調査が開始された場合には、関係する各企業間で先順位の申請に向けた競争が発生することからも、各国当局への申請はできる限り短期間に完了すべきである。

また、前述のとおり、国際カルテルについては、各国競争当局間の連携による一斉の立入検査等が行われており、リニエンシー申請者に対しては、通常、当局間の情報交換を認めるための権利放棄（waiver）の要請がなされている。そのため、リニエンシー申請については、競争当局間で情報交換が行われることを前提として、各国・地域における申請内容に齟齬がないことの確認、一部の国における情報、証拠の隠匿を疑われることのないような対応が必要である。

さらに、違法行為を停止したことの確認、証拠隠滅の防止、調査への協力義務及び守秘義務の遵守等、リニエンシー申請の欠格事由に該当しないことの確認も不可欠である。

そして、リニエンシー申請の連鎖による業界、国境を越えた事件の拡大という最近の動向を踏まえ、各国の競争当局の動向に関する最新情報の確認を怠らないことも重要である。具体的には、各国当局の公表情報、メディアによる報道から業界情報等のあらゆる情報源から、現在調査対象とされている企業及び当該企業の全ての事業内容を確認した上で、仮に、それらの事業のいずれかと自社の事業との間に競合関係が認められる場合には、問題とされる行為、疑わしい行為が存在しないかについて迅速な社内調査を実施すべきである。

第5 コンプライアンス体制の充実・強化に向けて

反トラスト法及び競争法の違反行為、特に、国際カルテルに対しては、複数の国の競争当局により、巨額の罰金・制裁金及び個人に対する長期の禁固刑を含む厳格な法執行が行われるのみならず、民事上の損害賠償請求、株主代表訴訟による役員に対する責任追及、公共入札に関する指名停止処分等、長期間に亘って企業に対する様々な制裁、責任追及が行われることとなる。また、社内の多くの貴重な人材が、社内調査の実施及び関係各国における法的手続きへの対応等を余儀なくされることにより、本来の事業活動に集中し得なくなることも極めて大きな損害である。そのため、違法行為の発生を未然に防止するとともに、仮にカルテルへの関与があったとしても早期発見により損害を最小限に抑えるため、実効性のある競争法コンプライアンス体制を構築、推進することの重要性は、これまで以上に高まっている。

1 コンプライアンスの機能及び役割

各企業においては、すでに競争法を含む各種法令遵守の重要性を認識し、コンプライアンス体制の整備を積極的に進めている。一方、米国における刑事事件の提訴件数は増加傾向にあり⁶、世界的にもカルテル事件の摘発は後を絶たない。コンプライアンス体制をより一層推進していくためには、罰金及び制裁金等による不利益の回避及び軽減という消極的な側面のみならず、例えば、事業活動の効率化による市場における競争力の強化、従業員の規範意識の向上による組織の活性化、企業に対する社会的評価を高めることによるブランドの構築、また、優秀な人材の獲得を可能にすること等、企業価値の向上に向けてコンプライアンス体制が果たす積極的な役割を十分に評価することが重要である。

2 企業におけるコンプライアンスへの取組の現状

我が国の各企業による独占禁止法コンプライアンスに関する取組状況に関しては、公正取引委員会により、2006年以降、東証一部上場企業、建設業及び外資系企業等を対象としたアンケート調査の実施、調査結果を踏まえたコンプライアンスへの取組状況の分析及び課題の指摘等を含む報告書の公表が継続して行われており、非常に興味深いデータが示されている。このうち、2010年6月30日に公表された「企業における独占禁止法コンプライアンスに関する取組状況について」と題する報告書は、アンケート調査の結果として、

- ① 大部分の企業が法務・コンプライアンス部署を設置しているものの、独占禁止法を専門的に取り扱う担当者を置いている企業は35.7%と少ないこと
- ② 89%の企業において、法務・コンプライアンス担当部署による営業部署等への関与は随時相談を受け付けるという受動的なものにとどまっていること
- ③ 経営トップが独占禁止法遵守のメッセージを社員に直接語りかける方法を採用して

⁶ U.S. Department of Justice Antitrust Division Workload Statistics FY 2002-2011 *available at* <http://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.pdf>.

いる企業の割合は10%程度と低いこと

- ④ 経営陣に対する研修の頻度が過去3年間で1回程度と少ないこと
- ⑤ 海外のグループ会社によるコンプライアンスへの関与の度合いが低いこと
- ⑥ 違反行為に発展するリスクの高い同業他社との接触に関するルールを定めている企業は27.2%にとどまること

等の課題を指摘し、コンプライアンスの実効性を高めるため、これらの各課題への取組を強化すべきことを提言している。

引き続き、昨年11月28日に公表された報告書においても、各企業が経験したコンプライアンス上の成功例及び失敗例を収集する観点からのアンケート調査及びヒアリング調査を踏まえ、リスク管理・回避、さらには企業価値の維持・向上のために戦略的且つ積極的に活用すべきことを指摘したうえで、コンプライアンス・プログラムの実効性を確保するための具体的な方策として、

- ・ コンプライアンス・マニュアルの策定、社内研修の実施、社内懲戒ルールの整備及び同業他社との接触に関するルールの策定等による違反行為の未然防止
- ・ 独占禁止法監査の実施及び内部通報制度の整備等による違反行為の有無の確認と早期発見
- ・ 経営トップのイニシアティブによる的確な社内調査と課徴金減免制度の積極的活用による危機管理

を挙げている。

また、アンケート調査の結果としては、法務・コンプライアンス担当部署において独占禁止法に関する担当者を置いている企業の割合が40.7%に増加したこと、同業他社との接触に関するルールを定めていないと回答した企業の割合が、2010年の調査結果である72.9%から大幅に減少して46.4%であったこと、社員による自主的な違反行為への関与の報告を懲戒内容の軽減について考慮する社内リニエンシーについて、社内規定上明記されていないものの考慮するとの企業が71.8%であったこと、独占禁止法に関する社内監査を実施している企業は前回調査とほぼ同様の57.2%、そのうち14.2%の企業において違反行為につながる可能性のある事例が発見されていたこと、社内メールの監視を必要に応じて実施している企業が43.3%、日常的又は定期的に実施している企業は5.5%であったこと等が報告されている。

3 競争当局によるコンプライアンス・プログラムの取扱い

米国司法省、欧州委員会及び公正取引委員会を含む各国の競争当局は、いずれも企業が実効性あるコンプライアンス・プログラムを策定、推進することの重要性を強調している。一方、カルテルに対する法執行の実務においては、コンプライアンス・プログラムの策定は各企業が自主的な判断に基づき行うものであるとの考え方、あるいは、リニエンシー制度による制裁の減免が違法行為の早期発見とコンプライアンスの推進に向けた動機付けと

して十分に機能しているとの考え方を基礎として、例えば、コンプライアンスへの取組、コンプライアンス・プログラムの存在を理由とした罰金又は制裁金の減額等、競争当局によるコンプライアンスの推進に向けた直接的且つ具体的な措置はほとんど採用されていない。

米国の量刑ガイドラインは、以下の各条件を満たす実効性あるコンプライアンス及び倫理プログラムの存在は刑罰の軽減事由となり得ることを規定している。

- ① 違法行為の防止・発見に向けた基準及び手続の確立
- ② 統治機関の監督と上級管理職のコンプライアンス責任者の選任
- ③ 違法行為に関与した者等に権限を与えないための努力
- ④ 役員及び従業員に対する定期的且つ合理的な手法によるコンプライアンスの周知徹底
- ⑤ プログラムの遵守を確保するための内部監査、プログラムの実効性に関する定期的な評価及び内部通報制度の確立
- ⑥ プログラム遵守への動機付けと違反に対する適切な懲罰
- ⑦ 違法行為を発見時の適切な対応と再発防止に向けた措置

但し、量刑ガイドラインは、上級管理職による関与又は違法行為の意図的な無視があった場合又は違法行為の報告の意図的な遅延があった場合、刑罰の軽減は認められないことも規定している。そして、これまでのカルテル事件においては、価格決定権を有する上級管理職等によるカルテルへの関与を理由として、実効性あるコンプライアンス・プログラムの存在に基づく刑罰の軽減は認められていない。また、司法省による刑事訴追の適否の判断、あるいは、リニエンスー申請に基づく刑事免責の付与にあたって、実効性あるコンプライアンス・プログラムの存在の有無が考慮されるも考え難い。さらに、排除措置命令にコンプライアンスに関する条項が含まれる日本の公正取引委員会による実務とは異なり、通常、司法省が、司法取引契約（Plea Agreement）等において企業が採用すべきコンプライアンスに関する具体的措置を示すこともない。

欧州委員会も、2011年11月に、競争法コンプライアンスに関するガイドラインを公表した。ガイドラインは、実効性のあるコンプライアンスを実現するための方策として、以下の各項目を挙げている。

- ① 各企業の事業環境に対応したコンプライアンス体制の構築
- ② 対象とすべき事業部門、競争者との接触の頻度、市場特性の各要因からの競争法違反のリスクの分析、企業としてのコンプライアンスに係る方針の明確化及び経営陣による可視的且つ継続的な関与による明確な戦略の策定
- ③ 従業員による方針の受入の確認とコンプライアンスへの貢献の評価、適切な内部通報制度の構築
- ④ 継続的なプログラムの改訂、相談窓口の設置及び研修の実施
- ⑤ 監視と監査

同時に、ガイドラインは、欧州委員会が各企業のコンプライアンス・プログラムについて個別に承認を与えることはしないことを明確に述べるとともに、コンプライアンス・プログラムの存在それ自体が制裁金の減額要因として考慮されるものではないこと、また、コンプライアンス・プログラムの存在に反して違法行為が行われたことを増額要因として考慮することもないことを強調している。

これに対して、英国及びフランスの競争当局は、コンプライアンス・プログラムの存在自体が制裁の加重又は軽減要因として考慮されるものではないことを原則的な立場としながら、実効性のあるコンプライアンス・プログラムに対しては一定の利益を与える方針を採用している。2011年6月に英国公正取引庁から公表されたガイドラインにおいては、企業がコンプライアンスの実現に向けて適切な措置を講じている場合には、10%を上限とした罰金の減額が考慮されることが明記されている。また、2012年2月にフランス競争委員会から公表されたガイドラインは、和解手続の場合に限定されるものの、企業による実効性あるコンプライアンス・プログラム策定の約束に対して10%までの制裁金の減額が認められる旨を規定している。

上述のとおり、各競争当局は、企業によるコンプライアンスへの取組を積極的に推奨しながら、原則として、そうした取組を評価して一定の報奨を与えるということとはしていない。こうした実務の現状に対しては、将来のカルテルの抑止策は巨額の罰金・制裁金や長期の禁固刑等の厳格な制裁に限定されるものではない、競争当局は、具体的且つ明確なコンプライアンス・ガイドラインの公表、コンプライアンス・セミナーの開催等により、競争政策・競争法への理解の促進、企業倫理の向上によるカルテル防止という側面をより重視すべきではないか、刑事訴追の適否、制裁の内容と減免の可否の判断等の法執行の実務において、実効性あるコンプライアンス・プログラムの存在を評価すべきである等の意見も述べられており⁷、今後の各競争当局の対応が注目される。

4 実効性のあるコンプライアンス体制の構築に向けて

カルテルの防止、早期発見に向けて実効性のあるコンプライアンス・プログラムを確立するためには、まず前提として、各企業の事業内容、市場の環境に応じた競争法上のリスク分析を行い、当該リスクに応じたコンプライアンスの実施体制と具体的措置を定めることが必要不可欠である。そして、プログラムの具体的内容については、少なくとも、①経営陣によるコンプライアンス方針の明確化と積極的な関与、②コンプライアンス・マニュアルの策定及び社内研修の実施等を通じた社内への周知徹底、③定期的なプログラム遵守に関する内部監査、④継続的なプログラムの実効性の評価と必要に応じた改訂、⑤違法行為の早期発見を可能とする内部通報制度の確立、⑥違法行為発見時の迅速且つ的確な対応

⁷ Joseph Murphy and William Kolasky, *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior*, Antitrust, Spring 2012, at 63. François Brunet, *The Role of Antitrust Compliance Programs In Competition Law Enforcement*, Concurrences No. 2-2012.

の各措置が必要であると考えられる。

公正取引委員会の報告書にも示されているとおり、すでに多数の企業においてコンプライアンス・マニュアルの策定や研修の実施等のコンプライアンス推進に向けた積極的な努力が行われている。コンプライアンス・プログラムの実効性をより一層高め、カルテルの抑止を実現していくためには、事業部門と法務部門との間の意思疎通、相互理解を図るための努力が極めて重要であると考えられる。事業部門の担当者は、企業としての売上及び利益の拡大を最大の目標として業務を行っている。当然の事ながら、競争者との接触や情報交換の制限は、売上及び利益の拡大に直接貢献するものではなく、時として、事業部門の担当者において遵守すべき最優先事項とすることが難しいということもあり得ると思われる。法務部門、企業側の弁護士、さらには競争当局としても、コンプライアンスの推進にあたっては、事業部門の担当者にも十分に理解を得られるような説明方法を検討すること、事業部門と法務部門がコンプライアンスという目標と価値観を共有し得るような日常的な意思疎通を図ることの必要性を再確認すべきである。

第4章 裁量型課徴金制度のあり方について

林 秀 弥

第1 はじめに

我が国では、現行の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」といい、単に条数を示すときは、独占禁止法におけるそれを指すものとする。）において、カルテル、入札談合等のやり得を防止するために、不当利得と擬制する一定の水準を超える原則一律一定率の水準の課徴金を公正取引委員会（以下「公取委」という。）が課すこととしている。課徴金の法的性格については、「一定のカルテルによる経済的利得を国が徴収し、違反行為者がそれを保持しないようにすることによって、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するために執られる行政上の措置であって、カルテルの反社会性ないし反道徳性に着目しこれに対する制裁として科される刑事罰とはその趣旨、目的、手続等を異にするもの」¹であって、ゆえに、罰金との併科が可能であるとの考え方が基本的には維持されてきた。そして、平成17年独占禁止法改正以降も、この基本的性格の変わらない範囲内で、不当な取引制限等による経済的利得の水準を超える水準の金銭を徴収することにより、当該禁止規定の実効性の一層の確保を図ろうとするものであるとされてきた。

これに対し、不当な取引制限等による経済的利得の一定率の徴収という考え方を離れて、課徴金制度に裁量性²を入れて、違反行為の重大性、悪質性に応じて個別に金額を設定する、いわゆる裁量型課徴金（行政制裁金）制度を導入することが議論されている。また、法人に対しては罰金を廃止して公取委による課徴金制度に一本化する（又は制裁を科すときは一方しか選べない選択制とする）ことが主張されている³。こうした裁量型課徴金制度の導

¹ 東京高判平成5年5月21日高刑集46巻2号108頁、公正取引委員会審決集40巻731頁。

² ここで裁量とは何かについて一言しておく。裁量は幅広い概念であるが、現在の行政法の理論では、裁量を要件裁量と効果裁量に大別して論じることが一般的である。要件裁量は、「行政行為の根拠となる要件の充足について行政庁が最終的認定権をもつ場合があり、かかる行為が裁量行為である、というものである」塩野宏『行政法I』（有斐閣・第五版・2009年）126頁。すなわち、要件裁量は、処分の根拠となるに足る事実であるかどうかの評価に当たる部分についての裁量の問題である。要件裁量については、いわゆる不確定概念（規範的概念）を法令が用いている場合に問題となり、独占禁止法では、「一定の取引分野」であるとか「競争を実質的制限する」といった要件が不確定概念である（ただし、不確定概念の全てが要件裁量であるとは考えられていないことに注意せよ）。なお当然のことながら、公取委に一定の裁量が許されているとしても、それには裁量統制がかかる（行政事件訴訟法30条参照）。効果裁量は、「行政行為をするかしないか、するとしてどの処分をするかの点」に裁量の所在を求める考え方である（塩野・同頁）。以下では、効果裁量に焦点を合わせている。すなわち、課徴金納付命令を行うかどうか、課徴金を賦課するとしてどのように課するか、といった効果裁量に関わるものとして、裁量型課徴金制度を検討する。

³ 例えば、（一社）日本経済団体連合会（以下「経団連」という。）経済法規委員会による「独占禁止法基本問題」に関するコメント―望ましい抜本改正の方向性―（2006年8月1日）では、「独占禁止法違反行為に対する制裁については、法人に対する独占禁止法上の課徴金に一本化（法人・個人に対する独占禁止法上の刑事罰は廃止）するか、少なくとも法人については刑事罰を廃止し、制裁を課徴金に一本化することを検討すべきである」と提言している。経団連ホームページ

入は、法人に対する罰則を廃止することに伴う問題等、制度上検討すべき点があるほか、そもそも悪質性、重大性を勘案して裁量型課徴金を算定すること自体、算定作業を膨大にするとともに行政制裁金額についての争いを無用に拡大するのではないか等、制度運用面において実務上懸念が示されている。減額方向での裁量性の場合、企業はそれを活用するインセンティブがはたらくが、加算方向での裁量性の場合には、企業は加算事由非該当を主張するため、裁量性は減額の方では有効に機能するが、加算の方では有効に機能しないと主張されることもある。

内閣府に設置されていた「独占禁止法基本問題懇談会」⁴においては、現行の課徴金制度を見直し、いわゆる行政制裁金を導入することが検討されていた。我が国においては、これまで秩序罰たる過料を除き、行政庁による「制裁」を明確に肯定した立法例は存在しないため、行政庁が制裁を課すことが法制上可能かどうかこれまで明らかにされていないきらいがあった。しかし、諸外国においては、行政制裁は広く浸透しており、我が国においてのみ法制上導入が不可能であるという判断について積極的な理由を見出すこともまたできないように思われる。現に、現行課徴金制度は、明確に不当利得擬制額を上回る金員の納付を命じることとし、累犯加算、主導的役割加算、早期離脱減算を設けて課徴金減免制度を伴っている。このことから、不当な取引制限等に対してサンクションを課して、違反抑止を図る目的で設けられたものであり、その法的性格は行政上の制裁であるとする見方も存在している⁵。また、現行課徴金制度についてはさまざまな問題点が指摘され⁶、制裁が実効性を持つためには裁量性が不可欠であると主張されている。裁量型課徴金を導入するメリットは、要するに、義務的課徴金賦課に関する硬直性を排除し、事件の重大性・悪質性や再発防止の必要性の大きさを事件ごとに個別に考慮して当該違反行為の抑止に相応しい課徴金を賦課する柔軟性を確保することにある。仮にそうだとした場合、現段階でそもそも義務的課徴金賦課に関する硬直性によるデメリットがどれだけ生じているのかについて入念な検証が必要である。具体的には、平成 21 年改正独占禁止法施行後の 3 年間において、優越的地位の濫用については、後に見るように、3 件の課徴金納付命令が出されている一方で、私的独占については皆無であることを両者間のバランスを欠いているとする見方もある。確かにそのような外観を呈してはいるが、それが、排除型私的独占に対する課徴金制度の導入に起因するものなのか、単にその間たまたま私的独占として問擬する事件が存在しなかったことによるものなのか、因果関係は必ずしも明確ではない。

翻って、諸外国の状況に鑑みると、不当な取引制限等に対する制裁金の決定は、世界的

〈<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2006/057.pdf>〉 参照【2012 年 12 月閲覧】。

⁴ 平成 17 年 7 月 1 日 内閣官房長官決定。本懇談会は、最終的に平成 19 年 6 月に内閣官房長官に報告書を提出して終了した。

⁵ 村上政博「課徴金額の算定実務と裁量型課徴金の創設」判例タイムズ 1350 号 35 頁 (2011 年) は、「平成 17 年改正以降の課徴金は、... (中略) ...制裁としての性格をもつ行政上の制裁である」と位置づける。

⁶ この点については、例えば、栗田誠「平成 21 年改正独占禁止法における課徴金制度の問題点～課徴金対象行為類型の拡大を中心に～」千葉大学法学論集第 26 巻第 1・2 号 314 頁 (2011 年) を参照。

に見ても中心的な議題となっている。とりわけ活発な議論があるのは、抑止効果を達成するために必要な制裁金の適正水準についてである。これは、カルテルや入札談合を規制する国・地域の数が増加し、その結果として、適用すべき制裁金をどのように決めるのが最適かという問題がクローズアップされたことによる。その際には、制裁金の基本的考え方や目的は何かが議論となっている⁷。いわゆるハードコア・カルテルに対する制裁金制度は通常複数の目的を追求しており（抑止⁸及び超過利得の剥奪）、それら目的は必ずしも互いに矛盾するものではないことから⁹、制裁金決定の透明性の確保の論点とあいまって、問題を複雑にしている。

いうまでもなく、裁量型課徴金制度のあり方¹⁰を検討する際には、そのメリットを強調するだけでなく、デメリットもあわせて考えておく必要がある。本稿では、このような見地に鑑み、まずは予備的作業として、第2で平成21年改正後の現行課徴金制度について詳細に紹介と検討を行い、その運用状況についても紹介する。第3で裁量型課徴金制度導入に向けた各案について、その問題点等の検討を行う。第4で結びに代える。

第2 平成21年法改正後の課徴金制度

1 独占禁止法上の課徴金制度

(1) 概要

前述のように、独占禁止法上の課徴金納付命令は、カルテル、入札談合、私的独占及び一定の不正な取引方法といった独占禁止法違反行為の防止という行政目的を達成するために、行政庁が違反事業者等に対して、金銭的不利益を課するという行政上の措置として設けられているものである。

課徴金の対象となる行為は、カルテル・入札談合、私的独占及び一定の不正な取引方法であり、これらの行為があった場合に、事業者又は事業者団体の構成事業者に対し課徴金の納付を命じることとされている（7条の2第1項、2項、4項及び5項、8条の3、20条の2、20条の3、20条の4、20条の5、20条の6）。

また、課徴金の額は、違反行為の実行期間（事業者が当該違反行為の実行としての事業

⁷ この点につき、国際競争ネットワーク（ICN）カルテル作業部会サブグループ ICN 一般的枠組み「カルテルに対する制裁金に関する報告書」第7回 ICN 年次総会報告書（京都 2008 年 4 月）参照。
www.internationalcompetitionnetwork.org【平成24年12月1日閲覧】

⁸ 抑止には、対象者の将来の同様の違反行為の抑止（特別抑止）もあれば、他の潜在的違反者の反競争的行為の形成、関与を思い止まらせること（一般抑止）もある。

⁹ 例えば、韓国における「独占規制及び公正取引に関する法律（公正取引法）」上の課徴金は、行政上の義務の履行を確保するために課される行政上の制裁手段を意味するものであり、「行政制裁」及び「不当利得の剥奪」の両方の性格を併せ持つとされている。韓国では、課徴金を課すか否か、また課徴金額を決定するにあたり韓国公取委が裁量を持つのは行政制裁としての性格を反映したものであり、その一方で、韓国公取委が具体的な課徴金額を決定する際に「違反行為の内容と違反程度、期間及び回数、違反行為によって取得した利益の規模」（韓国公正取引法55条3の第1項）を考慮するのは「不当利得の剥奪」としての性格を反映している。

¹⁰ 本稿に関わる論点については、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）特に第1章、第2章、第4章をあわせて参照。

活動を行った日から当該違反行為の実行としての事業活動がなくなる日までの期間。当該期間が3年を超えるときは、当該事業活動がなくなる日からさかのぼって3年間)における対象商品又は役務の売上額又は購入額に、カルテル・入札談合及び支配型私的独占の場合は原則10%（小売業については3%、卸売業については2%）、排除型私的独占の場合は原則6%（小売業については2%、卸売業については1%）、差別対価・不当廉売等の場合は原則3%（小売業については2%、卸売業については1%）をそれぞれ乗じた額から、優越的地位の濫用の場合は前記期間における当該行為の相手方との間における売上額又は購入額に1%を乗じた額から、1万円未満の端数を切り捨てた額である。カルテル・入札談合及び支配型私的独占について中小事業者に該当する場合、同様の売上額に乗じる額は原則4%（小売業については1.2%、卸売業については1%）となる。なお、7条の2第1項と異なり、4項の排除型私的独占には「実行期間」という概念が用いられていない。これは次の趣旨に基づく。すなわち、排除型私的独占に対する課徴金制度は、競争の実質的制限という法益侵害を効果的に抑止する観点から導入されたことに鑑み、違反行為による競争の実質的制限が及ぶ期間を算定期間とすることで、違反行為期間と算定期間が対応したものとなるように制度設計されたためである。これに対して、不当な取引制限においては、課徴金の算定期間として「実行期間」という概念を用いているのは、カルテル等は合意時に成立するものの、課徴金の対象となる実行期間はカルテル等の内容が現実に実行されている期間を算定対象とするためである。そして、この場合の実行期間はカルテルの行われた期間とは必ずしも一致しない。しかし、排除型私的独占の場合は、基本的には単独行為が想定され、そのような場合には、カルテル等のように合意とその実施のための具体的行為を分けてとらえる必要性は必ずしもない。

違反行為を繰り返した場合、又は違反行為において主導的な役割を果たした場合には基準の算定率に50%加算して計算した額、早期に違反行為をとりやめた場合には基準の算定率から20%軽減して計算した額、違反行為を繰り返し、かつ違反行為において主導的な役割を果たした場合には、基準の算定率を2倍にして計算した額がそれぞれ課徴金額となる¹¹。なお、このように算定された額が100万円に満たない場合には、納付を命じることができないとされている。

課徴金納付命令の手続は、カルテルなどの違反行為の実行期間中における対象商品・役務の売上高又は購入額を確定するなどの課徴金額の算定を行い、その後、課徴金納付対象事業者に対し納付命令の前に、公取委に対して、あらかじめ意見を述べ、あるいは、証拠を提出する機会を与えるために、納付を命ずる課徴金の額、その計算の基礎、課徴金に係る違反行為などの内容を記載した納付命令の事前通知を行う（50条6項）。これらの事前手

¹¹ 具体的には、公正取引委員会の調査開始日からさかのぼって10年以内に不当な取引制限、私的独占について課徴金納付命令を受けたことがある（確定しているものに限る。）事業者に対しては、5割加算した率が、また、事業者が違反行為の実行としての事業活動を始めてから2年以内、かつ、公正取引委員会の調査開始日の1か月前の日までに、違反行為を止めていた場合には2割軽減した率が、それぞれ適用されることとなる。

続を行った後、課徴金納付対象事業者に対し、これらの記載内容とともに納期限を記載した納付命令書により課徴金納付命令を行う（50条1項、2項）。この納付命令に不服がある場合には、納付命令書の謄本の送達があった日から60日以内に審判を請求することができる（50条4項）。審判請求がなされずに60日を経過すれば、当該納付命令は行政処分として確定する（50条5項）。納期限までに課徴金が納付されない場合には、審判手続中であっても、課徴金に係る延滞金が生ずることとなる。また、受命者の任意により課徴金が審決より先に納付された場合において、審決で納付命令が取り消されたときは、還付すべき金額に一定割合を乗じて計算した金額を加算して還付される。

（2）まとめの表

上記をまとめたのが、次掲の図表である。

＜図表＞ 現行法における課徴金制度の概要

	課徴金算定率						課徴金減免申請
	製造業等	小売業	卸売業	繰り返し違反 (5割増)	主導的事業者 (5割増)	早期離脱 (2割減)	
不当な取引制限 (入札談合・価格カルテル等)	10% (4%)	3% (1.2%)	2% (1%)	○	○	○	○
支配型私的独占	10%	3%	2%	○	×	×	×
排除型私的独占	6%	2%	1%	○	×	×	×
不当廉売、差別対価等の4類型	3%	2%	1%	×	×	×	×
優越的地位の濫用	1%			×	×	×	×

(注1) 「繰り返し違反」かつ「主導的事業者」に該当する場合の課徴金算定率は10割増となる。

(注2) 「繰り返し違反」又は「主導的事業者」に該当する場合には早期離脱による軽減は認められない。

() 内は中小企業の場合の算定率

（3）課徴金の法的性格

ア 行政上の制裁論

先に見たように、平成17年改正以降の課徴金は、制裁としての性格をもつ行政上の制裁であるとする見方がある。そのような見方は妥当か。まずそれを検討してみたい¹²。

課徴金制度の法的性格は、カルテル・入札談合等の違反行為防止という行政目的を達成するために行政庁が違反事業者等に対して金銭的不利益を課すというものであると説明されてきた¹³、これは制定当初から不変である¹⁴。制定当初の課徴金制度が不当利得擬制額の

¹² 平成17年改正に関する立案担当者による解説として、諏訪園貞明編『平成17年改正独占禁止法—新しい課徴金制度と審判・犯則調査制度の逐条解説』（商事法務・2007年）参照。

¹³ 最判平成17年9月13日民集59巻7号1950頁〔機械保険事件〕では、次のように判示されている。

剥奪に基軸を置いたのは、課徴金制度のモデルが国民生活安定緊急措置法 11 条 1 項の課徴金制度をモデルにしたからであって¹⁵、それは、沿革的な理由からやむを得ないところがある¹⁶。課徴金は刑事罰としての制裁ではないという意味においては、今日でもこれはまったく変わらない¹⁷。そもそも、平成 3 年改正による課徴金算定率引上げ以降も違反行為は減少しておらず、違反行為を繰り返す事業者が後を絶たないことなど、不当利得相当額を徴収するという平成 17 年改正前までの制度では、違反行為抑止の観点からは不十分なことは明らかであった。そこで、不当利得と擬制される水準を超えて、金銭を徴収する仕組みとすることとし、違反行為抑止という行政目的に照らして合理的に必要と考えられる水準を超えない範囲内で課徴金の算定率を引き上げることとされたのである。この点において、平成 17 年の法改正により不当利得と擬制される¹⁸額以上の金銭を徴収するということは、行

すなわち、「独禁法の定める課徴金の制度は、・・・カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定め（独禁法 89 条）やカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度（独禁法 25 条）に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものである。また、課徴金の額の算定方式は、実行期間のカルテル対象商品又は役務の売上額に一定率を乗ずる方式を採っているが、これは、課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準も明確なものであることが望ましく、また、制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であるからであって、個々の事案ごとに経済的利益を算定することは適切ではないとして、そのような算定方式が採用され、維持されているものと解される。そうすると、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いうべきである。・・・そうすると、上告人が、被上告人らが本件実行期間中に収受した営業保険料の合計額を売上額とし、これに所定の割合を乗じて得られた額の課徴金の納付を被上告人らに命じた本件審決は、適法である」（傍線引用者）。また、多摩地区入札談合事件最高裁判決（民集 59 卷 7 号 1950 頁）では、課徴金の法的性格について、「法の定める課徴金の制度は、不当な取引制限等の摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、不当な取引制限等の予防効果を強化することを目的として、刑事罰の定め（法 89 条）や損害賠償制度（法 25 条）に加えて設けられたものである」としている。なお、本件は平成 17 年以前の課徴金を対象にしたものであり、平成 17 年以降の課徴金を対象にした事件が最高裁までに係属されていたら、このような説明にはなったかどうかは、留保が必要かもしれない。

¹⁴ 昭和 50 年 6 月 3 日の衆議院商工委員会における植木光教総務長官当時の答弁はそのことを物語っている。「今回新設をいたします課徴金でございますが、これは違法カルテル全体を対象とするものでございます。違法カルテルが多発いたしまして、累犯も多いという現状にかんがみまして、禁止規定の実効性を確保するための行政上の措置といたしまして、違法カルテルによって得られました経済上の利得についてその納付を命ずるものでございます。すなわち、課徴金の目的でございますけれども、禁止規定の実効性を確保することでありまして、その法律的な性格は行政上の措置でございます。また、算定の基本的な考え方は、違法カルテルにより得られた経済上の利得を納付させようとするものであります。」衆議院会議録第 75 回国会商工委員会第 20 号。

¹⁵ この経緯については、拙稿「課徴金の立法史（一）」名古屋大学法政論集 228 号 1 頁（2008 年）。

¹⁶ 同法 11 条 1 項にいう「特定品目の物資の販売をした者のその販売価格が当該販売をした物資に係る特定標準価格を超えていると認められるとき」であっても、当該販売方法自体は違法ではなく、あくまで、当該超過販売価格で示される不当な利得を剥奪するのが立法趣旨であった。

¹⁷ 過去の国会答弁で繰り返し確認されている（例えば、平成 16 年 11 月 4 日 第 161 回国会（衆）本会議 鈴木康友（民）（平成 16 年 11 月 17 日 第 161 回国会（衆）経済産業委 近藤洋介（民）（平成 16 年 11 月 19 日 第 161 回国会（衆）経済産業委 高木陽介（公）（平成 16 年 11 月 19 日 第 161 回国会（衆）経済産業委 渡辺周（民）（平成 16 年 12 月 1 日 第 161 回国会（衆）経済産業委 吉田治（民））。

¹⁸ この点について、東京高裁平成 9 年 6 月 6 日判決〔シール談合事件〕では次のように判示されている。「独占禁止法が課徴金によって剥奪しようとする不当な経済的利得とは、あくまでカルテルが行われた結果、その経済効果によってカルテルに参加した事業者に帰属する不当な利得を指すものであり、しかも、

政治上の制裁としての機能を強めたといえなくもない。もっとも、制裁と呼ぶか否かは結局のところ制裁という語の定義の問題であって、仮に、制裁を国家が義務違反者から強制的に金銭的不利益を課すという意味に広く捉えるならば、平成 17 年以前から既に課徴金は制裁であるともいえるし、他方で、違反行為の反社会性・反道徳性に着目し応報の観点を介在させる刑事制裁という意味では、従来から制裁ではなく、平成 17 年改正後も制裁ではない。また、EU の行政制裁金¹⁹のように刑事罰に一部代替する機能を有する意味においても、現行課徴金制度は制裁ではない。ことほど左様に、制裁の意味ないし機能を奈辺に求めるかによって、制裁と言えなくもないし、逆もまたしかりである。課徴金制度の法的性格として言えることは、それが、カルテル・入札談合等の違反行為抑止という行政目的を達成するために行政庁が違反事業者等に対して金銭的不利益を課す行政上の義務履行確保制度であり²⁰、課徴金納付命令という行政処分が刑事罰を代替することはあり得ないと思われる。もちろん、現行の課徴金が制裁的機能を有することは疑いないが、これは事実上の機能ないし効果としてであって、課徴金に付与された法律上の効果とは区別して考える必要があると思われる。

イ 基本算定率が 10%とされた根拠

ところで、課徴金の基本算定率を 10%とする根拠は過去の国会答弁で次のように説明されている²¹。すなわち、これまでカルテル・入札談合等の違反行為があつたことを絶たなかったことから公取委において過去の違反事例について実証的に不当利得を推計したところ、売上高の 8%を超えるとみられるものが 9 割以上であったことから、不当利得は少なくとも 8%程度存在すると考えられた。違反行為の特質を踏まえると、不当利得相当額を徴収するだ

同法は、現実には、法政策的観点から、あるいは法技術的制約等を考慮し、具体的なカルテル行為による現実の経済的利得そのものとは一応切り離し、一律かつ画一的に算定する売上額に一定の比率を乗ずる方法により算出された金額を、いわば観念的に、右の剥奪すべき経済的利得と擬制しているのである」(傍線引用者)。なお、高裁判決のなかには、課徴金納付を命ずる前提として不当な利得を認定する必要がないとしたものもある。すなわち、公取委による不当利得の認定の欠如の点について、「課徴金制度は具体的なカルテル行為による現実の経済的利益とは切り離し、一律かつ画一的に算定された金額を、いわば観念的に剥奪すべき経済的利益の額として擬制したものであり、実際に得られた不正な利得の額と一致しなければならないものではないから、被告が原告に対して課徴金納付を命ずる前提として、原告に本件違反行為がある場合となかった場合とを比べ、本件違反行為により原告がどれだけの経済的利益があったかを認定する必要はないものというべきである」と判示している。東京高判平成 18 年 2 月 24 日審決集 52 巻 744 頁。

¹⁹ EU において行政制裁金が採用されている根拠の一つは、刑事制裁が加盟国の主権に存すると考えられていることに基づく。

²⁰ 平成 17 年以前までの課徴金制度の法的性格において、カルテルの経済的利得と擬制される程度の高額の徴収であることが強調されていたのは、本文で述べた沿革的理由のほか、憲法上の二重処罰の禁止規定との関係で、刑事罰に類似する制裁としての性格を有するものではないという趣旨を強調するためであって、課徴金の法的性格を単なるカルテルの経済的利得の剥奪としての位置付けに限定されることを意図したのではないことに注意する必要がある。

²¹ これは、政府答弁でも現在まで一貫している。平成 16 年 11 月 17 日第 161 回国会衆議院経済産業委員会における塩川鉄也議員（共産党）に対する竹島一彦委員長（当時）の答弁を参照。衆議院会議録第 161 回国会経済産業委員会第 7 号。同じく平成 16 年 12 月 1 日第 161 回国会衆議院経済産業委員会における吉田治議員（民主党）に対する竹島委員長の答弁を参照。衆議院会議録第 161 回国会経済産業委員会第 11 号。

けではその抑止は不十分であり、不当利得相当額を超えて金銭を徴収する必要性がある。

他方、不当な利得に上乗せした額の金銭的不利益を徴収する措置が採られている他法令をみると、重加算税や健康保険法等の加算金において従来から 40%増しとすることが定着している。このことに鑑みると、課徴金の算定率を売上高の 8%の不当利得の 40%増しを基準として、11%又は 12%とすることも選択肢として考えられた。

しかしながら、平成 17 年改正では課徴金算定率は謙抑的に 10%とすることが適当であるとされた。独占禁止法においては、平成 17 年改正において不当利得に相当する額を超えて徴収する点で初めての制度であること、平成 3 年の独占禁止法改正に際しても、売上高に乗ずる率を 1.5~2%から 6%に 4~4.5%引き上げる改正を行っていること等を考慮したためとみられる。

(4) 罰金と課徴金の調整について：独占禁止法 51 条

独占禁止法 51 条において罰金と課徴金額の調整規定を置いていることから、両者の法的性格の異同が問題となる。前述のように、現行の課徴金制度は、カルテル等の違反行為防止という行政目的を達成するため、行政上の措置として不当利得と擬制される額を超える金銭的不利益を課すものである。これは、違反行為の反社会性・反道徳性に着目して科される刑事罰とは、趣旨・目的・性格が異なっている。また、その水準についても不当利得と擬制される額の 3 割程度の割増しであり、現行の課徴金の水準では違反行為の抑止効果が十分ではなかったことを考えると、行政目的に照らして合理的な水準の範囲内で課徴金の水準を引き上げるにとどまるものであり、刑罰的色彩を帯びるものではない。このことから、平成 17 年改正の課徴金の引上げによっても、基本的には憲法上の問題が生じることはない²²とされた。

他方、罰金と課徴金はいずれも国が強制的に課す金銭的不利益であり、違反行為を抑止するという機能面で共通する部分があるのは確かである。課徴金は、平成 17 年改正により、不当利得と擬制される額を超えて金銭を徴収する制度となったため、両者が併科される場合、罰金により果たされている役割を勘案して、この共通する部分についての調整を行い必要な減額を行うことが「政策的に」適当であると判断された²³。これが現行独占禁止法 51 条である²⁴。課徴金は、違反行為の反社会性・反道徳性に着目して科される刑事罰とは、

²² 平成 16 年 11 月 19 日第 161 回国会衆議院経済産業委員会における奥田議員（民主党）の質問に対する竹島委員長の答弁参照。衆議院会議録第 161 回国会経済産業委員会第 7 号。

²³ 前掲・諏訪園 21 頁参照。

²⁴ 他法令の関係でみると、なぜ重加算税には二分の一調整がなく課徴金にはあるのかという疑問が時に出される。この点については、第一に、重加算税は税の一種であり、税として合理的なものであれば金銭的不利益を課すからといって罰金との調整を図るべき性格のものではないこと、第二に、課徴金は、不当利得と擬制される金額及びこれを超える金額の全体が違反行為を抑止するために課されるものであるのに対して、重加算税は、脱税額（不正な利得の額）の 4 割（無申告の場合）の部分のみであること、第三に、重加算税の基礎となる脱税額は会計上明確なものであるが、課徴金における不当利得相当額は一定の擬制を行ったものであることといった相違が重加算税と課徴金にはあり、両者は一律には論じ得ないというのが、一応の説明である。しかし、このような説明はいささか迂遠であることは否めず、51 条はあくまで政策的に設けられたことで説明がつくように思われる。

趣旨・目的・性格が異なっているのであるから二分の一調整が法理論的に要求されるわけではない。もっとも、罰金も課徴金も違反行為を抑止するという機能面で共通する部分があることも事実であり、両者を併科する場合、罰金額の二分の一に相当する金額を課徴金から控除する規定を設けることが、政策的に適当であるとすぎないのであって、比例（罪刑均衡）原則に反しない限り、両者の調整が不可欠というわけではない²⁵。比例原則、すなわち、一つの違反行為に対して国から課（科）される不利益の総体が当該違反行為の抑止の観点から必要以上に過重なものとなつてはならないという要請が憲法上要求されるとすれば、少なくとも 51 条に規定される二分の一程度の調整を行えば、この考え方との関係についても憲法上の問題が生ずることはなからうとされたに過ぎないのであって²⁶、二分の一調整を行わなければ、憲法上の問題が生じるとしているわけではない。

その一方で、課徴金と罰金を併科した場合に、不利益の総体の程度によっては、いかなる場合も比例原則の問題が生じ得ないとまで言い切ることもできないであろう²⁷。ただし、当該不利益の総体がどの程度であれば問題が生ずるのかについては、二分の一調整が所詮一つの擬制に過ぎないことから、一律に示し得るものではない。51 条は、罰金と課徴金が併科される場合には、罰金額の二分の一に相当する金額を課徴金額から控除すれば、比例原則に照らしても問題が生ずることはないことを擬制的に示すのみであって、どのような場合であれば比例原則の問題が生じ得るのかについて、確立した学説・判決があるわけでもない。あくまで一般論としては、憲法 39 条の二重処罰の問題²⁸とは、課徴金の水準が行政目的に照らして必要な水準を超える場合、課徴金は事実上刑罰的な色彩を帯びることになり、そのような制裁性の強い行政上の措置と刑事罰を併科することは、憲法 39 条の規定に抵触する可能性がある」と抽象的に言えるだけである。

上記のように、51 条はあくまで政策的規定であるから、51 条のような調整規定を置かずに、一つの違反行為には罰金か課徴金のどちらかしか課されない制度（いわゆる「振分け方式」）をとることも考え方としてはありうるし、不当な取引制限罪に没収規定を設ければ、振分け方式は立法論としては不可能ではない。しかし、ともに政策論としてみた場合に、振分け方式には問題が多い。なんとなれば、独占禁止法違反の罪の罰金の上限額は 5 億円であるため、振分け方式では、不当利得が仮に 5 億円を超えるときは経済的にはやり得となってしまう、刑事告発した悪質・重大事案の方が金銭的不利益がかえって小さくなって

²⁵ 佐伯・前掲 131 頁参照。

²⁶ 調整範囲がなぜ二分の一かと問われれば、それは結局擬制と答えるしかないと思われる。罰金は違反行為の反社会性・反道徳性に着目し、違反行為に対する応報の観点から、違反行為者に対して道義的非難を加えることを本旨としているが、罰金のうちどの部分が応報でどの部分が抑止かはそもそも示し得ず、簡明さを優先して、罰金額の二分の一に相当する額の調整が必要な抑止的機能の部分と擬制して課徴金額から控除することが政策的に最も適当であると判断されたに過ぎない。

²⁷ 塩野・前掲書は、「二重処罰の問題は当該不利益が実質的にも刑罰に当たる程度のものであるかどうかという観点からも考慮する必要がある」（同書 245 頁）とする。

²⁸ 二重処罰に関する判例として、最大判昭和 33 年 4 月 30 日民集 12 卷 6 号 938 頁、前掲東京高判平成 5 年 5 月 21 日高刑集 46 卷 2 号 108 頁、最判平成 10 年 10 月 13 日判時 1662 号 83 頁。

しまうおそれがある²⁹。この点は、振分け方式に前記・没収規定を導入すれば解決するとも思われるが、仮に、没収の対象を不当な取引制限等の対象商品役務の売上高全部とした場合、売上高の一角に相当する課徴金額をはるかに上回る財産が没収の対象とされることもあり得、それは違反事業者にとって酷である。また不当な取引制限罪の既遂時について「合意時説」(判例・通説)をとれば、商品・役務を供給すること自体は何ら犯罪行為ではないことから、犯罪行為によって得られた財産として没収の対象ではないという考え方もあり得よう。なんとなれば、カルテルは合意の時点で既遂に達するも、当該「合意」自体からは財産を得ていないのであって、実際に違反行為者が財産を得るのは、当該合意に基づき、商品・役務を供給することにより対価を得た時だからである。現実には振分け方式は難しいであろう³⁰。

2 平成 21 年改正による課徴金制度の変容

平成 21 年改正による課徴金制度について紹介する。課徴金制度にかかる主な改正事項は、以下のとおりである³¹。

第一に、課徴金の適用対象の見直しを行い、現行法で課徴金の対象とされているカルテル・入札談合等や支配型私的独占(市場における有力な事業者が株式取得や役員派遣等の手段により他の事業者の事業活動を支配することにより競争を実質的に制限する行為)に加えて、排除型私的独占(他の事業者の事業活動の継続や新規参入を困難にさせ競争を実質的に制限する行為)とともに、不公正な取引方法のうち共同の取引拒絶(複数の事業者が共同で特定の事業者との取引を拒絶する行為)、不当廉売(不当に低い価格で販売することにより他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがある行為)や後に見る優越的地位の濫用等の 5 つの行為類型を課徴金の対象とした。

第二に、カルテル・入札談合等において、主導的役割を果たした事業者に対する課徴金を、50%割り増す制度を導入した。

第三に、排除措置命令・課徴金納付命令に係る除斥期間を、これまでの 3 年から 5 年に延長した。

第四に、カルテルや入札談合等の罪に対する懲役刑を 3 年以下から 5 年以下に引き上げた。

²⁹ 平成 16 年 11 月 17 日第 161 回国会衆議院経済産業委員会における平井卓也議員(自民党)及び平成 16 年 11 月 24 日第 161 回国会衆議院経済産業委員会における塩川鉄也議員(共産党)に対する竹島委員長答弁を参照。

³⁰ 金融商品取引法においても課徴金制度が導入されているが、同法では、課徴金と没収の間での調整規定を設けており、振分け方式としていないこともこのことを物語っている。すなわち、風説の流布・偽計(金融商品取引法 173 条 1 項)、相場操縦行為・違法な安定操作取引(同 174 条 1 項、174 条の 2 第 1 項、174 条の 3 第 1 項)及びインサイダー取引(同 175 条 1 項・2 項)に対する課徴金納付命令を決定する場合に、同一事件について被審人に対して必要的没収・追徴(同 198 条の 2)の確定裁判があるときは、課徴金額から当該没収・追徴の合計額(「没収等相当額」)を控除した額が課徴金額とされている(同 185 条の 7 第 15 項)。

³¹ 平成 21 年改正に関する立案担当者による解説として、藤井宣明・稲熊克紀編著『逐条解説平成 21 年改正独占禁止法—課徴金制度の拡充と企業結合規制の見直し等の解説』(商事法務・2009 年)参照。

3 排除型私的独占に対する課徴金制度の導入（7条の2第4項）³²

排除型私的独占に課徴金を導入した理由は以下のように理解されている。すなわち、排除型私的独占は、課徴金の対象となっている違反行為と同様に競争を実質的に制限する行為であり、競争秩序に与える影響はカルテル・入札談合等と変わるものではない。また、排除型私的独占に対して、一度警告を受けた後に類似の市場において勧告を受けた事業者も存在していることから、抑止の必要性は高い。加えて、独占禁止法基本問題懇談会報告書においては、排除型私的独占を課徴金の対象とすることが適当であるとされていた。以上のように、排除措置命令のみでは違反抑止に十分とはいえないこと等から、排除型私的独占についても新たに課徴金の納付を命ずる対象とすることが必要であるとされた³³。課徴金の算定基礎となる売上額に行為の悪質性・重大性が関係づけられているとは必ずしもいえず、新規参入の排除行為は、重大な排除型私的独占であるにもかかわらず、既存事業者の全売上額に対して課徴金を課す根拠は見あたらないといった問題がある。これまで課徴金を課された私的独占事例は存在しないが、現実の算定については多くの難問が想定される。例えば、以下の点である。

①東洋製罐事件³⁴において、東洋製罐は、被支配事業者に対する売上額はほとんど存在しないところ、北海製罐と製缶機械の製造・使用に係る特許と機密技術に係る専用実施契約を締結していたが、この許諾料は7条の2第2項前段かつこ書き³⁵の対象役務となるのか。

②日本医療食協会事件³⁶において、日本医療食協会及び日清医療食品による製造業者及び販売業者の支配が7条の2第2項2号にいう「対価に係るもの」及び供給量を制限することにより「対価に影響することとなるもの」といえるか。また、協会に医療用食品の売上げはないものの、協会は、厚生大臣（当時）から指定機関として指定を受け、医療用食品の販売業者から検定料を徴収して、医療用食品の栄養成分値等の認定を行う収益事業を営んでいる。この検定料は、7条の2第2項前段かつこ書きの対象役務となるのか。

③ぱちんこ機特許プール事件³⁷において、(株)遊技機特許連盟は、ぱちんこ機の製造に関する特許権等を取得し、対価を得て10社に実施許諾するとともに、10社が所有する特許権等について、委託を受けて管理行為を行っていた。前者の自己所有特許権等のライセンス料は、7条の2第4項後段括弧書き³⁸の対象役務となるのか。

³² 川濱昇「排除型私的独占に係る課徴金」ジュリスト1385号（2009年）16頁参照。

³³ 藤井・稲熊編・前掲書11頁参照。

³⁴ 公取委勧告審決昭和47年9月18日審決集19巻87頁。

³⁵ 同項は、「当該事業者が被支配事業者に供給した当該商品又は役務（当該被支配事業者が当該行為に係る一定の取引分野において当該商品又は役務を供給するために必要な商品又は役務を含む。）及び当該一定の取引分野において当該事業者が供給した当該商品又は役務（当該被支配事業者に供給したものを除く。）」とある（傍線引用者）。

³⁶ 公取委勧告審決平成8年5月8日審決集43巻209頁。

³⁷ 公取委勧告審決平成10年3月31日審決集44巻238頁。

³⁸ 同項は「当該一定の取引分野において当該商品又は役務を供給する他の事業者が当該事業者が供給した当該商品又は役務（当該一定の取引分野において当該商品又は役務を供給する当該他の事業者が当該商品又は役務を供給するために必要な役務を含む。）」（傍線引用者）と規定している。

④日本音楽著作権協会事件³⁹において、JASRACの営む著作権管理業務とは、「音楽著作権の管理の委託を受け、音楽著作物の利用者に対し、著作権を管理する音楽著作物の利用を許諾し、その利用に伴い当該利用者から使用料を徴収し、管理手数料を控除して著作者及び音楽出版者に分配する業務」とされているが、本件における売上額を管理楽曲の利用許諾料とするか、管理手数料とするのか。

上記は一例であるが、その他、排除型私的独占に対する課徴金制度の具体的問題点については、既存の文献に譲りたい⁴⁰。

4 不公正な取引方法に対する課徴金制度の導入

(1) 序説

これまで不公正な取引方法一般に刑事罰や課徴金が導入されていなかったのは、第一に、不当な取引制限等と比べて法益侵害の程度が小さいこと（違反行為の成立には公正競争を阻害する「おそれ」で足りること）、第二に、公取委の告示でその対象が定まような行為に課徴金を課すということが適当なのかということ（要件明確性の問題）、第三に、算定方式を合理的に設定することができるのか、といった論点について議論が十分でなくコンセンサスを得ていなかったからである。

ア 独占禁止法基本問題懇談会

独占禁止法基本問題懇談会の報告書では、不公正な取引方法を課徴金の対象とすることは不適當であるという立場と、不公正な取引方法に相当する行為を課徴金の対象とすることができないわけではないという立場に分かれ、後者の立場からは、競争の実質的制限に至らなくても市場における競争上の弊害を実際に生じさせる行為がある、必要に応じて告示による指定制度を見直せば課徴金の対象とできないわけではない、過去の事案のデータから、違反行為による収益、同行為により増加した売上高を推計して、これを基に、違反抑止のために適切な算定率を設定することが考えられる、との見解が示された。さらに平成21年改正では、報告書において特に言及のあった優越的地位の濫用についても課徴金の対象とすることとされた。

イ 不公正な取引方法4類型に対する課徴金

また、優越的地位の濫用の他、不公正な取引方法の中にも、排除措置命令だけでは「やり得」となっており、課徴金制度を導入する必要があるとの強い要請がなされている類型が存在した。そこで、不公正な取引方法のうち、共同の取引拒絶（一般指定旧1項）、差別対価（同旧3項）、不当廉売（同旧6項前段）、再販売価格の拘束（同旧12項）について、過剰規制の弊害が生じないように、同種の行為を繰り返し行った場合に限定して課徴金を命ずる制度を導入することとされた。

³⁹ 公取委排除措置命令平成21年2月27日（平成21年（措）第2号）。

⁴⁰ 栗田・前掲281頁以下のほか、過去の私的事件における課徴金の算定シミュレーションについては、泉水文雄・土佐和生・宮井雅明・林秀弥『リーガルクエスト経済法』（有斐閣、2010年）288頁参照。

(2) 2条9項による法定化

不公正な取引方法の実体規定は、これまでは独占禁止法2条9項に基づき、一般指定によって定義されていた。このような指定制度を維持したままで課徴金を導入すると、公取委が自ら違法行為を創設的に定義しつつ、その定義された行為を行った事業者に対して課徴金が賦課されるという制度となるが、事業者側における予測可能性の観点からは、そのような制度は必ずしも適当ではないと考えられた。そこで、不公正な取引方法に対する課徴金制度については、旧一般指定における関係規定を踏襲し、課徴金の対象となる違反行為の実体規定を法定化することとされたものである。

不当廉売等の4類型に対して課徴金を導入した理由は、不公正な取引方法の中でも原則として違法とされるもの、又は抑止力を強化すべきとの要請が非常に強かったものを課徴金の対象とするという考え方から、不当廉売（の一部）、共同の取引拒絶及び再販売価格の拘束を新たに課徴金対象とすることとし、不当廉売と行為態様が類似する差別対価も対象とされた⁴¹。

(3) 優越的地位の濫用

ア 概説

独占禁止法2条9項5号に掲げるイからハに該当する行為を継続して行う事業者が課徴金の対象となる。いわゆる押付け販売はイに該当し、不当な協賛金の收受や取引先の従業員等の不当使用がロに該当する。ハに掲げる行為には様々なものが含まれ得るが、典型的な行為としては、受領拒否、代金の支払遅延、不当な値引き等の行為が挙げられる⁴²。なお、旧一般指定第13項に掲げる行為（取引の相手方である会社に対し、当該会社の役員を選任についてあらかじめ自己の指示に従わせること等）は、独占禁止法第2条9項第5号中には含まれず、したがって課徴金の対象とはならない。

イ 算定率の根拠

課徴金算定の基礎は、違反行為の相手方との間における違反行為期間中の取引額であり、これに1%を乗じた額に相当する額の課徴金の納付が命じられることとなる。なぜ優越的地位の濫用についてのみ、取引額と不当に得たと擬制される利益額比率を算定率の根拠としているのか。

この点について、優越的地位の濫用とは、自らの取引の相手方との間の取引額の多寡に応じて生じる取引上の地位の格差、すなわち相対的優越を背景に、取引上劣位にある相手方に濫用行為を行うものであり、この点で不当な利得が商品等の販売によって生じるカル

⁴¹ 藤井・稲熊編・前掲書15頁参照。

⁴² なお、大規模小売特殊指定や物流特殊指定に該当する行為も独占禁止法2条9項5号に該当するの点については、「大規模小売業者」や「特定荷主」が特殊指定に規定する行為を行った場合には、それが「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に」「継続して取引する相手方に対して、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること」などの2条9項5号の要件に該当し、かつ、当該行為が継続して行われるなど20条の6の要件にも該当する場合には、課徴金納付命令の対象となる。

テル等他の違反行為とは異なる。優越的地位の濫用における不当な利得は、取引の相手方との間の取引額の多寡と関係しているないし一定の比例関係にあると考えられることから、優越的地位の濫用に対する課徴金の算定式としては、取引額に一定の算定率を乗じて得られる不当な収益と擬制される額を納付すべき課徴金の額とすることが適当であるとされた。このように、違反事業者が不当に收受したと擬制した利得額にとして、違反行為の相手方との間における取引額（売上額又は購入額）と取引額に乘じる一定の算定率を用いて算定されることとなった。

ウ 課徴金算定の対象となる売上額（又は購入額）

20条の6において課徴金算定の対象となる売上額（又は購入額）とは、違反行為の相手方に対する売上額（又は購入額）全体を指すのか、それとも当該相手方に対する違反行為に関連する売上額（又は購入額）に限定されるのか（例えば、違反行為が行われた地域や部門との間の売上額（又は購入額）に限定されるのか）という問題がある。すなわち、濫用行為の直接の対象となっている取引のみが算定対象となるのか、取引のすべてが算定対象となるのか、という問題である。

この点について課徴金の算定基礎となる違反行為の相手方との売上額・購入額は、違反行為によってアフェクトされた部分、すなわち、違反行為が行われた店舗、地域、部門の売上に絞って課すのではなく、当該相手方との間の全売上額・購入額とすることとされた。というのも、優越的地位の濫用は、濫用行為の相手方との間の取引額の総体として生じる相対的優越を背景として行われるものであり、また、当該相手方も、自らの取引額の総体に照らして不利益を受け入れざるを得ない状況となっているからである。また、算定率の水準についても、全売上額・購入額を算定基礎とすることを前提に設定されている。ただし、同一の相手方との間の売上額・購入額であっても、明らかに当該違反行為とは関係なく、濫用行為の背景となる取引上の相対的優越の源泉になっているとは認められないものについては、課徴金の算定基礎から除外されることとなり、それは、違反行為の実態に即して、ケース・バイ・ケースで判断されるようである。しかし、濫用行為の直接の対象となっている取引の認定自体必ずしも容易でなく、ケース・バイ・ケースといっても、その判断枠組みがガイドラインといったかたちで公取委からは示されていない。また逆に、例えば協賛金の総額等、不当利得額が明確な場合であれば、その「実額」を課徴金として徴収すべきではないかとも考えられる⁴³。

そもそも、現行課徴金制度では、不当な利得を少なくとも8%と考え、それを1.25倍した10%を算定率としていたのに対して、なぜ優越的地位の濫用に対する算定率については1.25倍しなかったのかという疑問がある。すなわち前述のように、現行課徴金制度では、違反行為が後を絶たない状況を踏まえると、不当利得相当額（8%）を徴収するだけではそ

⁴³ ただこの場合、協賛金においても、子細にみると、收受した金銭を原資として行われる販売促進活動の効果の一部は相手方取引先にも還元されることもある。この場合、必ずしもすべてが不当な利得額であるということとはできないという問題がある。

の抑止は不十分であり、不当利得相当額を超えて金銭を徴収する必要性があったことから、1.25 倍した算定率（10%）が採用されたものである。しかるに、優越的地位の濫用については、今般、新たに課徴金制度が導入されたものであることに鑑み、課徴金の水準を不当利得相当額以上に加重することまでは要しないと考えられた。優越的地位の濫用に課徴金を導入するのであれば、不当な取引制限と同様に、不当利得相当額を超えて金銭を徴収する必要性がなかったか。なぜ両者で考え方を分けたのかそもそも疑問が残る。

その他、優越的地位の濫用に対する課徴金制度の具体的諸問題については、これも既存の文献に譲る⁴⁴。

エ 運用

これまでに優越的地位の濫用事件に関し課徴金の納付を命じた事件としては、株式会社山陽マルナカに対する件⁴⁵（課徴金額 2 億 2,216 万円）及び日本トイザラス株式会社に対する件⁴⁶（課徴金額 3 億 6,908 万円）、株式会社エディオンに対する件がある（課徴金額 40 億 4,796 万円）⁴⁷。

第 3 各案の検討⁴⁸

ここでは、裁量型課徴金制度について、現在提案されている各案の提案の検討を行う。裁量型課徴金を導入するメリットは、要するに、課徴金賦課に関する硬直性を排除し、事件の悪質性や再発防止の必要性の大きさを事件ごとに考慮して当該違反事件に相応しい課徴金を賦課する柔軟性を確保することにあるが、注意しなければならないのは、裁量型課徴金の導入によるデメリットを軽視して、導入によるメリットをことさら強調することで、

⁴⁴ この点については、さしあたり、「〈座談会〉課徴金導入後の私的独占・不公正な取引方法」L&T 46 号 4 頁以下（2010 年）のほか、ジュリスト 1442 号（2012 年）の特集（優越的地位の濫用とは？—その現状と対策）の各論文を参照。

⁴⁵ 平成 23 年 6 月 22 日排除措置命令・課徴金納付命令。①違反行為期間は、平成 19 年 5 月 19 日から平成 22 年 5 月 18 日までの 3 年間。②違反行為期間のうち改正法の施行日である平成 22 年 1 月 1 日以後における（山陽マルナカの当該取引の相手方 165 社それぞれとの間における購入額は、222 億 1,605 万 4,358 円。算定期間 5 か月強。③独占禁止法第 20 条の 6 の規定により、前記 222 億 1,605 万 4,358 円に 100 分の 1 を乗じて得た額から 1 万円未満の端数を切り捨てた上で算定された額は、2 億 2,216 万円。

⁴⁶ 平成 23 年 12 月 13 日排除措置命令・課徴金納付命令。①違反行為期間は、平成 21 年 1 月 6 日から平成 23 年 1 月 31 日までの約 2 年間。②違反行為期間のうち改正法の施行日である平成 22 年 1 月 1 日以後における日本トイザラスの相手方 61 社それぞれとの間における購入額は、369 億 866 万 5,689 円。算定期間 1 年 1 か月。③独占禁止法第 20 条の 6 の規定により、前記 369 億 866 万 5,689 円に 100 分の 1 を乗じて得た額から、端数切り捨ての上算出し、3 億 6,908 万円。

⁴⁷ 平成 24 年 2 月 16 日排除措置命令・課徴金納付命令。①違反行為期間は、遅くとも平成 20 年 9 月 6 日から平成 22 年 11 月 29 日までの約 2 年 2 か月強。②違反行為期間のうち改正法の施行日である平成 22 年 1 月 1 日以後における相手方 127 名それぞれとの間における購入額は、4,047 億 9,678 万 3,282 円。算定期間は約 11 か月。③独占禁止法第 20 条の 6 の規定により、前記 4,047 億 9,678 万 3,282 円に 100 分の 1 を乗じて得た額から、端数を切り捨ての上算出し、40 億 4,796 万円。

⁴⁸ 村上政博「課徴金額の算定実務と裁量型課徴金の創設」判例タイムズ 1350 号 34 頁以下（以下、「村上「裁量型課徴金」として引用する」及び同「事業者団体の活動への規制—8 条のあり方」判例タイムズ 1337 号 38 頁以下（以下、「村上「事業者団体」として引用する」をそれぞれ参照。なお、裁量型課徴金制度に賛成する論者として、後掲の文献の他、上杉・前掲書 243 頁を参照（「課徴金制度をより実効あらしめるためには、一定限度での裁量性を導入するしかない」という。

裁量型課徴金の導入を迫るアンバランスな態度は避けなければならない。ここでは、あくまで中立的に各案のメリット・デメリットを紹介する。

1 【第1案】 現行制度の維持

現行制度の維持に問題があるとする論者（筆者を含む）によって主張される問題点は、概ね以下の通りである。

〔主張されている問題点〕

- ① 事案ごと、事業者ごとの個別具体的な事情に応じた賦課ができない⁴⁹。
- ② 行政上の制裁の性格・趣旨に反する。確定金額算定方式の義務的課徴金算定方法のもとで、違反行為の重大度、さらには悪質性、故意・過失と課徴金額が対応するものになるという保障はない。排除型私的独占や優越的地位の濫用においては現行算定方式のもとで当該行為の重大性、違法性と課徴金額を常に対応させることは無理である⁵⁰。
- ③ 特に違法性判断が容易ではない行為類型については、競争行動の萎縮を招き、過大執行となるおそれがあると同時に、制裁的サンクションの賦課が適切ではないと判断される場合には違反の認定自体を断念し、排除措置を命ずることができないこととなり、過小執行となるおそれがある^{51、52}。
- ④ 事業者団体に対する課徴金について、事業者団体による違反行為に対して、違反行為主体でなく構成事業者に課徴金納付を命じるという法律構成は、違反主体に対して責任を問うという原則に反するもので制裁金制度の本質に反する⁵³。現行課徴金制度のもとでは、事業者に対して3条後段違反で排除措置、課徴金納付を命じるときに、事業者団体に対して8条1号に違反するとして事業者団体に排除措置を命じ、構成事業者に対して課徴金納付を命じるとは、同じ事業者の同一実施行為について二重に課徴金納付を命じることになってしまい、現実には許されない⁵⁴。
- ⑤ 二重処罰の点についても、罰金は、過去の違反行為に対する道義的非難を加えることを本旨としており、違反行為防止という行政目的を達成するために金銭的不利益を課

⁴⁹ 例えば、栗田・前掲 291 頁。

⁵⁰ 村上「裁量型課徴金」44 頁。

⁵¹ 栗田・前掲 272 頁。「ハードコア・カルテルと比べて違反行為としての定形性・明確性に乏しく、違反かどうかの判断が容易ではなく、事案ごとに大きく異なる排除型私的独占について、違反対象商品の違反行為期間における売上額に一定率を乗じて計算するという機械的な仕組みが有効に機能するとは考え難い。また、私的独占規制の対象になりそうな企業（シェアの高い企業）が競争的行動を過度に自制することによる過大執行や、課徴金の賦課に直結することを考慮した公正取引委員会の慎重な法執行による過小執行のおそれが懸念される」。同「国際的脈絡における日本の独占禁止法一日米構造問題協議以降の発展の功罪一」北海道大学新世代法政策学研究 17 号 239 頁以下（2012 年）。

⁵² 同様の指摘として、村上「裁量型課徴金」44 頁（「当該行為の重大度、違法度と課徴金額が対応しないことがあることから、公取委の執行、すなわち法適用、法運用を歪めることになる。相当でない課徴金額を課すことを避けるために、正式事件として取り上げるのを控え、警告にとどめることなどが生じる。そのため、判例法の形成が阻害されることになる」）。

⁵³ 村上「裁量型課徴金」44 頁。

⁵⁴ 村上「事業者団体」48 頁。

すという課徴金とは法的性格が異なり、両者を併科することは基本的には問題がなく、裁量型課徴金を導入する上で、二重処罰の問題はクリアされている⁵⁵。

- ⑥ 単独行為である排除型私的独占がすべて基本算定率 6%の課徴金対象行為であるのに対して、支配型私的独占はその一部のみが算定率 10%の課徴金対象行為とされているのは、整合性がとれていない⁵⁶。
- ⑦ 課徴金額の計算といった義務的賦課のための仕組みを法定する必要があることから、技術的に賦課できない場合（違反行為主体に「売上額」がない場合等）や実質的に公平を欠く場合が不可避免的に生じる⁵⁷。
- ⑧ 不公正な取引方法については、対象行為類型が限定されていることから、実質的に同様の弊害を有する行為が対象にならないという不公平が生じ得る⁵⁸。
- ⑨ 不当な取引制限や支配型私的独占においても行為態様の限定は不要であり、対象を広げるべきではないか。外形上、対価、供給量等を制限することに該当しない不当な取引制限及び支配型私的独占としては、共同研究開発、規格統一といったものが想定される。これらの類型については、実際に独占禁止法違反となるものは近年見当たらないことから、現時点において積極的に課徴金の対象とすべきであるとの必要性は認められないともいえる。しかし、共同研究開発カルテルや規格統一、また他の事業者を支配することにより他の事業者これらの行為を行わせることは、競争圧力にさらされず、本来当該商品役務の提供・改善に要するはずであった費用を削減することができるものである。これらの場合においても、競争を実質的に制限する以上、上記必要性の理由は必ずしも説得的ではない。
- ⑩ 不当な取引制限については、平成 17 年改正の際、過去の事件における違反事業者の不当利得の推計を行い、そのうち約 9 割の事件で売上高の 8%の不当利得があるとされたことを踏まえて、抑止の観点からそれを超える 10%の基本算定率を設定したものである。一方、不当廉売等、平成 21 年の改正において課徴金の対象とすることとしている違反 4 類型については、違反行為を行う事業者は、少なくとも自社の販売する商品の平均的な利益率を確保することを期待して違反行為を行っていると考えられることから、過去の事案における違反事業者単位の売上高営業利益率の平均値から算定率を設定することとされた。しかし、会社全体の売上高営業利益率は、違反行為による不当利得に比して少ないものとなっている可能性が高い。
- ⑪ ⑩に関連して、違反 4 類型において算定率を設定する際に用いた過去の事件における違反事業者の営業利益率には、中小企業の営業利益率も多く含まれていることから、別途中小企業軽減率を設けることは適当ではないとされた。他方、算定率を設定する

⁵⁵ 村上「裁量型課徴金」45 頁。

⁵⁶ 村上「裁量型課徴金」45 頁。

⁵⁷ 栗田・前掲註 (6) 291 頁。

⁵⁸ 栗田・前掲註 (6) 291 頁。

際に用いた過去の事件における違反事業者の営業利益率には中小企業の営業利益率も多く含まれているのであれば、大企業への抑止力としては不十分ではないかとも考えられる。

- ⑫ 優越的地位の濫用の規制において、協賛金等については、課徴金ではなく、被害者に返還させるべきではないか。優越的地位の濫用の被害者に対して、被害を受けた分の金銭を返還させるという制度のほうが、違反行為者に金銭的不利益を課して違反行為を抑止すると同時に、被害者の救済にも資するという点で優れているのではないか。

2 【第2案】 規制類型・行為類型ごとの現行の課徴金額を上限額とする課徴金制度に改正する。8条の3（事業者団体に対する課徴金）は廃止する。

これは、裁量性を導入するためのもっとも簡便な方策であり、事業者団体に対する課徴金（8条の3）を廃止したうえで、不当な取引制限（カルテル）、支配型私的独占、排除型私的独占、不公正な取引方法について減額の方向で裁量権を公取委に付与するものである。次の第3案との違いは、算定率の違いである。すなわち、第3案は、「行為類型にかかわらず」20%を上限とするのに対して、第2案は、「行為類型に応じて」現行の課徴金算定率が上限（例えば、不当な取引制限の場合は、再度＋主導で20%が上限、排除型私的独占（6%）の場合は、再度加算（5割増し）で9%が上限）とするものである。

裁量型課徴金制度といっても、実際に導入するとなるとハードルは高いところ、実現可能性からいって、この2案が一番高いのではないかという評価が可能である。というのも、現行制度を上限にして課徴金納付を「命じなければならない。」という条文の文言を、「命じることができる」と書き換えることで足りるからである。例えばカルテルの場合は今の上限で売上算定率20%、排除型私的独占は6%、優越的地位の濫用は今の算定方式、それを上限にして裁量で変更することができる（減らすのみ）という裁量型課徴金の方が実現可能性を考えると一番可能性があるかもしれない。

〔問題点〕

- ① 現行制度からの減額の方向での裁量性の付与は、抑止力の点から問題ではないか。すなわち、平成3年改正による課徴金算定率引上げ以降も違反行為は減少しておらず、違反行為を繰り返す事業者が跡を絶たないことなど、不当利得相当額を徴収するという現行制度では、違反行為防止の観点からは不十分であると考えられることから、現行制度は、不当利得と擬制される水準を超えて、金銭を徴収する仕組みとすることとし、違反行為防止という行政目的に照らして合理的に必要と考えられる水準を超えない範囲内で課徴金の算定率を引き上げることとしたものである。この一連の改正経緯に逆行するのではないか。第2案は上下を変えずに裁量制ということで執行を弱くする方向であると思われるが、国際的な流れと逆行するのではないか。
- ② 上限方式の裁量型課徴金制度を導入するには、公取委は、違反行為ごとに基本的な課徴金額算定方式を定めて公表し、それに従って運用することが必要ではないか（逆にそれ

さえ行えば、課徴金額算定の実務はそれほど変わらないともいえるので、大きな問題ではない)⁵⁹。

- ③ 行為類型間で齟齬が出る恐れはないか。すなわち、現行課徴金制度では、違反行為が後を絶たない状況を踏まえると、不当利得相当額（8%）を徴収するだけではその抑止は不十分であり、不当利得相当額を超えて金銭を徴収する必要性があったことから、1.25倍した算定率（10%）を採用したものである。他方、優越的地位の濫用等不公正な取引方法五類型については、平成21年改正において新たに課徴金制度を導入したものであることにかんがみ、課徴金の水準を不当利得相当額以上に加重することまでは要しないと考えて、制度設計されている。これを前提にすると、減額というかたちのみでの裁量性の付与は行政制裁という性格からは必ずしも適切でないのではないか。

3 【第3案】 現行の枠組みを残したまま、対象商品の販売価格・購入価格の20%を上限金額とする裁量型課徴金を創設する⁶⁰。

これは、裁量の加算（上限）金額については、平成21年改正後の上限である、違反事業者の関連商品に関する売上高の20%（累犯及び主導的役割により加重されたもの）にし、そのうえで、課徴金の基準賦課水準は現行水準を維持し、ガイドラインまたは規則でカルテルについては平成21年改正後の算定方法と同一の方法を採用し、例えば、排除型私的独占は基準算定率6%とし、優越的地位の濫用行為は算定率1%とするものである。

〔評価〕

- ① 平成21年改正によって、カルテルについては上限算定率20%に引き上げられ、排除型私的独占について基準算定率6%、優越的地位の濫用行為について算定率1%の課徴金の対象行為にされたところであるため、直ちにその実質的な制裁水準を引き上げることは難しいところ、現時点では、現行課徴金制度の基本的枠組みを残したまま、上限金額については違反对象商品の売上額の20%とすることは、必ずしも実現不可能ではないのではないかと⁶¹。

⁵⁹ 村上政博「独占禁止法基本問題懇談会で残された課題」国際商事法務35巻12号（2007年）881頁参照。

⁶⁰ 第3案そのものではないが、（EU方式）はとらずに、違反行為の重大性を考慮した、可変的だが定型的な算定規準とする方式の裁量型課徴金の具体案を示すものとして、岸井大太郎「独占禁止法における課徴金（違反金）制度のあり方」法政法科大学院紀要3巻1号82頁以下（2007年）を参照。

⁶¹ 岸井大太郎「平成17年独禁法改正の評価と、2年後の見直しに向けた課題」（独占禁止法基本問題懇談会第五回資料）では、「課徴金の実体面での一層の強化を図る場合には、（1）重大性に加えて悪質性を広く考慮する、狭義の裁量型課徴金の導入（EU方式）というアプローチのほか、（2）違反行為の重大性を考慮した、可変的だが定型的な算定規準を設定するというアプローチもある」とし、「後者の（2）においても、課徴金の裁量性として念頭に置かれていた内容のかなりの部分は考慮することが可能であり、これと今回の改正で犯則調査権限が導入された刑事罰とを組み合わせれば、（1）と同等の抑止効果を発揮させることができる」としている。その上で「今後の見直しに当たっては、（2）のアプローチを基本にして、実体面の強化を図っていくべきではないかと考える」としている。また、「その場合、刑事罰との区別及び機動性・迅速性の確保の要請と抵触しない範囲で、例えば、算定基準に部分的に狭義の裁量性を持たせるとか、あるいは、悪質性として掲げられていた要素の一部を、重大性や抑止効果の観

- ② 現行の課徴金を「行政上の制裁」とであると明確に位置づけることが可能となるのではないか。
- ③ 諸外国においては、裁量型行政制裁制度は広く浸透しており、我が国においては法制上導入が不可能であるという判断について積極的な理由を見出すこともできないのではないか。
- ④ 平成 21 年改正により、排除型私的独占、優越的地位の濫用を初めて現行課徴金の対象違反行為とした。とくに、排除型私的独占にはさまざまな行為が含まれ、それらが不当について、見極めが容易でないことも多い。一律に算定率を乗じて算定された課徴金額が、常に適正といえるかどうか疑問があるため、排除型私的独占についての適正な法執行のためには、裁量性の導入が必要ではないか⁶²。
- ⑤ カルテル規制についても、カルテル実施者すべてについて課徴金を課す義務はなくなることから、(追随者に課徴金を命じず) 首謀者についてのみ課徴金を課すことによって効率的に事件処理できるようになるのではないか⁶³。
- ⑥ 透明性の確保については、ガイドライン等で手当をすれば問題ないのではないか。EU の例を見ても、課徴金額が欧州委員会の裁量で決められること自体については、そもそもおかしいとする意見はあまりみられない。その後公正に争える余地が確保されていけば問題ないとの考え方であり、裁量で金額が不当に高く定められているという争い方はせず、手続がおかしい、**request for information** で申し出ていない事実が認定されている、不当に差別的に自分の社だけ高い、最初の割り振り（重大な違反かどうか）がおかしいなどという争い方がされている。この点、わが国の行政裁量の考え方では、裁量に対する司法審査では、裁量権の行使は原則として違法の問題を生じないが、逸脱・濫用がある場合にのみ違法とされる、との解釈が定着しているが、ガイドライン等で裁量基準を定めると、訴訟における裁量審査では、まず、その基準自体の合理性が審理され、さらに、その適用の合理性が審理されるということに留意しなければならない。その適用の仕方にばらつきがあると、平等原則違反、比例原則違反が問題とされる。そのため、実際には、自ら定めた裁量基準に相当程度拘束されることになる。
- ⑦ 現行制度の 20% を上限とするため、二重処罰の問題も生じにくいのではないか。
- ⑧ 現行法では、排除型私的独占については、独寡占市場における市場占有率上位企業の営業利益率 6% を元に不当利得を推定して算定率が設定されており、行政制裁金の考え方と矛盾する。第 3 案は事案に応じて柔軟に課徴金額の算定が可能であり、行政制裁金の理念に合致するのではないか。

点から再評価して組み込むなど、(1) の方式を部分的に取り入れた“ハイブリッド型”のアプローチをとることも可能だと考える」としている。

⁶² 村上「裁量型課徴金」45 頁。

⁶³ 村上「裁量型課徴金」45 頁。

〔問題点〕

- ① 裁量型課徴金の導入によって、たとえ上限額は決まっていたとしても、課徴金額（課されることになる具体的な金額）についての予測可能性がなくなるのではないかと。とりわけ、不公正な取引方法のようなこれまで課徴金の対象となっていなかった行為類型にまで、公取委の裁量で課徴金を課することができるなどとすると、公取委が、およそすべての独占禁止法違反の行為を課徴金対象とすることもできてしまうことになり、事業経営に与える影響を予測することが難しくなってしまうのではないかと。
- ② 公取委が課徴金についての裁量権を持つことにより、当該裁量権を利用した事件調査（供述の誘導等）が行われる可能性も完全には否定できないのではないかと。
- ③ 裁量型課徴金制度がいったん導入されると、将来的には上限額の制限のない裁量型課徴金制度さえ導入されてしまうこともありえ、企業経営上のリスクとなるのではないかと。
- ④ 運用面における過小抑止の問題が、今以上にいっそう生じるおそれがあることに留意しなければならないのではないかと。
- ⑤ この案をとったとしても、不当な取引制限については、現行制度とあまり差異はないのではないかと。逆に、繰り返し違反（5割増）や主導的事業者（5割増）がない4類型や優越的地位の濫用については現行制度と比べて影響が大きいのではないかと。

4 【第4案】 現行制度を廃止し、EU競争法の例に倣い、対象事業者の年間売上高の10%を上限金額とする行政制裁金⁶⁴を新たに創設する⁶⁵。

⁶⁴ EU機能条約101条及び102条違反に対する制裁金の額について、1/2003号規則23条2項は、直前の事業年度の売上高の10%までと定めており、欧州委員会は、この範囲内において制裁金額を設定する裁量が認められている。

⁶⁵ 行政制裁金について、具体的提言を行っているのが土田和博教授である。土田教授によれば、次のような案が一考に値するのではないかと。前掲・土田78頁。

(1) 法律上、総売上高等を基準に上限を設けた上、その枠内で公取委は、以下のように算定された行政制裁金を事業者または事業者団体に課することができることとする。

①原則として、違反行為が行われた期間または5年程度のいずれか短い期間において、違反行為が行われた地理的範囲における違反行為の対象商品・サービスの売上額の10%を基本額とする。入札談合に専ら協力してきた事業者のように違反行為による売上がない場合は、当該事業者の総売上額、規模等を考慮して、当該違反行為による売上がある事業者の基本額を参考として公取委において決定するものとする。

②これに違反の重大性に応じて0.5ないし2.5程度の係数を乗じる。(再販を除く不公正な取引方法、不当な取引制限のうち非ハードコア・カルテル及び8条1項2(再販を除く不公正な取引方法を内容とする国際的協定・契約)3、4、5号は係数0.5ないし1、私的独占、再販及び8条1項1、2号(再販及び不当な取引制限を内容とする国際的協定・契約)は係数1ないし2、不当な取引制限のうちハードコア・カルテルは係数2ないし2.5をそれぞれ乗じる)。

③さらに個別事業者の加重事由(繰り返し違反、首謀者、調査妨害、取締役・上級管理職の関与、報復措置など)、軽減事由(調査協力、自主的離脱、被害者への補償、専ら受動的役割など)を考慮して最終的な制裁金額を決定する。これらの事由が存在する場合、どの程度増減額するかをガイドラインで明示することが必要である)。

〔問題点等〕

- ① 課徴金を EU 並に高額となる制度を導入するためには、適正手続ならびに裁量統制の観点から手続を整備・充実することが不可欠となる⁶⁶。
- ② 我が国においては、改正法案における課徴金の水準は、不当利得（を擬制した一定の水準）を 3 割ないし 4 割程度超える程度にとどまるものであり、その程度にとどまる限りにおいて制裁そのものであるということにはならず、罰金とはその目的・趣旨等が異なるものと捉えられている。しかし、今後、仮に欧州並みに行政制裁金を導入し、又は現行の課徴金の水準を引き上げる場合には、現在欧州で行われている議論と同様の人権保障を調査対象企業側に認めなければならない。
- ③ EU の制裁金制度が導入された経緯に留意する必要がある。いうまでもなく EU は国ではないことから、主権と密接に関係する刑事罰と租税については、EU として制度を設け運用することは不可能と考えられているためであり、刑事罰に代わるものとして、EU 設立当初の加盟国の中に存在した行政制裁金を導入した経緯がある。法人への刑事罰を存置したままで EU 型の制裁金制度を導入することは二重処罰の点からも疑義が生じるのではないか。
- ④ EU では、欧州司法裁判所は、Hüls 事件等において、理事会規則第 17 条により科される制裁は、欧州人権裁判所により定義された要件を満たすものであり、そうした制裁を科すための競争法上の手続きは、条約の意味する刑事罰とみなし得るとしており、条約で規定される人権保障（自己負罪拒否特権、弁護士秘匿特権、聴聞手続の独立性）がすべてではないにしても競争法上の手続にも妥当する。そのような手続保障が希薄な我が国では第 4 案は時期尚早ではないか。例えば、我が国の行政手続で「自己負罪拒否権」の議論をする場合、その後にある訴訟（行政処分取消訴訟）の段階では、証人、本人を問わず、刑事公判のような黙秘権は認められていない。したがって、原則として法廷において供述義務があり、ただ、例外的に自己負罪的供述についてのみ証言拒絶ができる、ということになる。そうすると、行政の調査段階で黙秘権を認めても裁判に行けば供述させられるということで、果たして何の意味があるのか、ということが問題になり得る。この点刑事であれば、公判段階で完璧な黙秘権が認められているので、捜査段階での黙秘権も十分意味がある。我国の行政手続で「自己負罪拒否権」の議論をする場合、これらの点についても留意する必要がある。加えて、もし

④その算定の結果えられた制裁金額が違反行為による利得を下回ることが証拠上明らかな場合、総売上高等を基準とした上限の枠内で利得を上回る額となるよう制裁金額を変更することができることとする。

⑤同一事件の刑事判決において罰金刑が確定した場合、当該罰金の半分を課徴金額から控除し、または納付命令を変更し、取消さなければならない旨の規定（7 条の 2 第 14 項、51 条 1 項、2 項）及びカルテル事件に係るリーニエンシー制度（7 条の 2 第 7 項ないし第 13 項）は、行政制裁金制度に変更する場合にも維持する。

⁶⁶ 岸井大太郎「独占禁止法における課徴金制度の展開と構造」刑事法ジャーナル 25 巻 30 頁（2010 年）35 頁。

仮にわが国で裁量的課徴金が刑事制裁としての性質をもつと制度設計された場合には、上記の自己負罪拒否権や弁護士秘匿権にとどまらず、憲法 33 条から 39 条の規律を受けることになる。その中には、伝聞法則、自白法則、無罪推定などがあり、基本的には、対審構造の弾劾主義手続における公判審理を経て制裁を科すかどうかを決めることになる。これに対して、そもそも欧州委員会のエンフォースメントではこのような手続を予定しておらず、糾問的なヒアリング手続しかない。欧州の議論が我が国に当てはまるかどうかによって慎重に検討すべきではないか。

第 4 結びに代えて

裁量型課徴金制度導入について積極的な意見もある一方で、その導入について懸念も予想されるところである。すなわち、第一に、裁量型課徴金の導入によって、たとえ上限額は決まっていたとしても、具体的な課徴金額についての予測可能性がなくなり、事業経営に与える影響を予測することが難しくなってしまうとか、第二に、公取委が課徴金についての裁量権を持つことにより、当該裁量権を利用した事件調査（供述の誘導等）が行われる可能性も完全には否定できないといった懸念である。後者の点は、裁量型課徴金制度の導入のためには、公取委の法執行への信頼がいかに重要であるかを物語っている。裁量型課徴金制度の導入を考えるためには、平成 21 年の独占禁止法改正の運用結果を検証せねばならないが、施行後 3 年余りに過ぎず、まだ事例も乏しい。検証に堪えるには時期尚早の感が否めない。そこで、本稿では、裁量型課徴金制度の導入に伴うメリットとデメリットの比較考量し、検討の材料を提供しようと試みた。その意味で、本稿は、裁量型課徴金制度導入に当たって問題となるであろう諸論点を検討したにすぎない。第 3 での検討では、実現可能性からいって、第 2 案が一番高いのではないと思われる（とりわけ、排除型私的独占と不公正な取引方法についてはこのような改正が必要であると考え）。先に述べたように、さしあたり、現行制度を上限にして課徴金納付を「命じなければならない。」という条文の文言を「命じることができる」と書き換えることで実現できるかもしれないからである。もちろんそのためには、制度の目的をどこに置くか、刑事罰の関係をどう整理するか、透明性をどう確保するか、算定の基礎額を何に置くか、算定方法・期間をどのように設定するか、加減算要因をどのように設定するか、課される課徴金額の上限/下限をどこに設定するか、既存の課徴金減免制度とどのように調和させるか、等、検討すべき課題は山ほどある。いずれにせよ、裁量型課徴金制度の実際の導入へのハードルは依然として高い。

最後に、民事的な救済制度との関係である。競争法で典型的に問題となる、拡散的利益（損害を観念することは可能であるものの、その個別的な帰属を観念することが困難な利益）や社会的損失（市場競争の機能不全によって社会的に厚生損失が発生しているものの、

損害を観念できない類型)の実現・回復については⁶⁷、一義的には、排除措置命令や課徴金納付命令といった行政処分を委ねることが適当であり、特別の立法によらない限り⁶⁸、民事訴訟が当該行政処分を代替することはできないと考えるべきである。本稿で検討した裁量型課徴金制度は、民事・刑事・行政上の手続をどのように組み合わせて、競争秩序の維持を考えていくかという独占禁止法の根源的なテーマを考える上でもきわめて重要な課題である。

⁶⁷ これらについては、林秀弥「独占禁止法による集団的消費者利益の実現」現代消費者法 12号 40-56頁(2011年)を参照。

⁶⁸ 集団的消費者被害回復訴訟制度案で議論されているのはまさにこの側面である。

**グローバル化を踏まえた
我が国競争法の課題**

21 世紀政策研究所 研究プロジェクト

(研究主幹：村上 政博)

2013 年 4 月発行

21 世紀政策研究所

東京都千代田区大手町 1-3-2

経団連会館 19 階 〒100-0004

TEL : 03-6741-0901

FAX : 03-6741-0902

ホームページ : <http://www.21ppi.org/>



21世紀政策研究所
The 21st Century Public Policy Institute

研究主幹に聞く

「独禁法のあるべき制度改正に向けて」 プロジェクト

競争法のグローバル化

一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授

村上政博氏



2012年度の研究プロジェクト「独禁法のあるべき制度改正に向けて」の村上政博研究主幹に、独禁法の改正をめぐる議論や9月24日から10月5日まで行われた欧米での現地調査の結果を踏まえ、研究プロジェクトについて聞きました。

——平成22年3月に国会に提出された独禁法の一部を改正する法律案（以下「改正法案」という）は、どのようなものでしょうか。

改正法案は、公正取引委員会（以下「公取委」という）が行う審判制度を廃止し、公取委の行政処分に対する不服審査については、抗告訴訟として東京地方裁判所が行うことなどを主要な内容としています。現行の制度には、公取委の行政処分に対する不服審査を、まず公取委が行うという本質的に不公正な手続となっていることなど、致命的な欠陥がありました。改正法案の制度は、国際標準かつ大陸法系の行政手続に移行する内容になっていますし、この点は、公取委も改善しようとしていますので、一刻も早い成立が望ましいと思います。

さらに、改正法案の附則において、公取委による調査手続のあり方^{注1}について、1年間程度をかけて検討することが規定されています。そこで、行政調査のあり方を検討することを今回の研究プロジェクトの狙いの一つとしています。

——行政調査のあり方については、どのように考えていくべきでしょうか。

欧米では、弁護士依頼者間秘匿特権^{注2}、弁護士立会いについては、基本的人権の保護、防御権の保障に由来するものとして、刑事捜査、行政調査を問わず認められています。他方、日本では、刑事捜査、行政調査を問わず、弁護士依頼者間秘匿特権、弁護士立会いは認められていません。これは、現時点では基本的人権を優先させる欧米の法文化と実体的真実の発見を優先させる日本の

法文化との差異が大きいことを意味します。そこで、独禁法違反の行政調査に限定し、先行して弁護士依頼者間秘匿特権、弁護士立会い等が認められるべきかを検討し、一步一步斬新的に解決を図っていくべきと考えています。

——米国反トラスト法・EU競争法が、日本企業に適用される事例が増えていると聞きます。企業は、諸外国の競争法・競争政策の動向を踏まえて、近年の状況をどのように理解すべきでしょうか。

近年、カルテル、とりわけ国際カルテルに対する重罰化、厳罰化が顕著です。なかでも、米国・EUの競争当局を中心とした執行強化の傾向が大きな話題となっています。

米国において身柄拘束された日本人が米国の刑務所で服役するという事例だけではなく、2011年以降、日本に居住する日本人が、司法取引の結果、有罪答弁をして、米国の刑務所で服役する事例も出ています。さらに、米国ではカルテル違反に対する罰金の他に、民事訴訟が提起され、高額な損害賠償金を支払うことで和解する例も続出しています。また、EUでは、非常に高額な行政制裁金を課された事例が続出しています。

このような状況は、過去に摘発された経験のある企業や現在調査進行中の企業は十分に認識されていると思いますが、今日では、秘密裏に行われるものであっても、ハードコアのカルテル^{注3}は露見し、摘発される可能性が高まっています。そして、摘発による経営基盤や社会的な評判へのダメージも飛躍的に大きくなっています。そこで、今回の研究プロジェクトでは、近年のカルテル規制についての諸外国の状況を正確に把握し、日本企業がとるべき適切な対応策を探ることを一つの狙いとしています。

——欧米調査を終えて、行政調査の見直しについて、どのような感想をお持ちになりましたか。

行政調査の見直しについては今後詰めていくべき事項
(次頁に続く)

も多くあります。

弁護士依頼者間秘匿特権については、それを認めるべき必要性和それを認めた場合のカルテル立証に及ぼす悪影響について更に分析すること、さらには欧米の制度を詳細に把握できましたので、詳しい制度内容を考案していくことが課題となります。弁護士立会いの問題は、供述調書中心の立証手段を見直していくことにつながり、長期的な独禁法違反の立証のあり方に絡むものですので、その長期的展望を見ながら考えていく必要があります。

そして、より根本的に、社会的に企業のコンプライアンス体制を一層整備し、さらには弁護士の職務上の倫理の確立を図るべきことはかねてから指摘されているとおりです。

——米国とEUのカルテル調査については、どのような印象をお持ちになりましたか。

リニエンシー制度^{注4}導入後、リニエンシーを活用したカルテル調査が行われるため、リニエンシーはそれまでのカルテル調査を一変させ、かつ各国のカルテル調査は平準化してきています。また、それ以前と比べてカルテルの立証水準は近づいてきています。なかでも、米国の司法取引は担当官が広範な裁量権をもつ最も強力なりニエンシーという印象を強く持ちました。

——日本企業は、カルテル対策としてどのような点を意識すべきでしょうか。

経営者としての重要な判断が求められるのは、第1に、リニエンシーを申請するか否か、第2に、カルテル防止に特化したコンプライアンスプログラムの構築へどれだけの社内資源を投入するかという点についてです。

一つ目については、欧米では、カルテルへの参加を発見するとカルテルを止めさせますが、調査開始前のその時点でリニエンシーを申請すると免責を受けることができる場合でも、直ちに申請するのではなく、申請するか否かはさまざまな要素を総合判断した上での経営上の判断であるとされています。リニエンシーを申請することによるデメリットとしては、①損害賠償責任の可能性、②業界内での評判や社会的評判への悪影響、③免責が認められることの困難さ、継続的協力義務を果たすための負担の重さ、④他の商品に波及する可能性などがあげられます。また、欧米では、日本のように株主代表訴訟が、リニエンシー申請の懈怠に対する大きなリスクとしてあげられて、申請するためのインセンティブになるとは評価されていません。なお、調査開始前のその時点でリニエンシーを申請すると免責を受けることができる状況にあるのか、すでにカルテルの疑いで自社に対して調査が開始された後であるのかで、大きく状況が異なります。前者は経営判断が問題となり、後者については選択肢はほとんどありません。

二つ目については、日本企業、外国企業を問わず、カルテルで摘発を受けた業界の企業においては、コンプライアンスプログラムが整備されているが、その他の業界の企業では不十分であると指摘されています。そこで、各企業はカルテル参加という自社のリスクを分析して、カルテル対策に特化した対策を講じるためにどこまで人材と資金を投入するべきかを決断する必要があります。すなわち、コンプライアンスプログラム作成は弁護士の仕事であっても、それをどのように使うのかは経営判断です。

——最後に、今後の独禁法のあるべき姿について、どのようにお考えでしょうか。

独禁法に課せられた使命は、米国反トラスト法、EU競争法などとともに先進国間の共通事業活動ルール(競争ルール) 確立の一翼を担っていくこと、また、アジアでもすでに国際標準の競争法制が制定されていますので、そこでの共通事業活動ルールとしての確固たる競争ルールを普及、確立していくことにあると考えています。そして、このことは今後の日本経済の発展のためにも望ましいものです。

そのためにも、日本の独禁法ができる限り速やかに国際標準の競争法になることが必要です。基本体系とルールについては、ほぼ解釈論で解決がつく見通しになったと考えています。そして、これは私自身これまでも主張してきましたが、今後は裁量型課徴金の導入が不可欠なかつ緊急な政策課題となるものと思います。その場合は、私は、実現可能性を考えると現時点では現行の課徴金額を上限金額とする案が望ましいものと考えています。

注1 調査手続のあり方

①弁護士依頼者間秘匿特権、②事情聴取等における弁護士の立会い、③謄写資料の提出、供述調書等のコピーの交付、④関係証拠資料の開示、⑤自己負罪拒否特権などの導入を検討することが考えられる。

注2 弁護士依頼者間秘匿特権

各国により要件が異なる部分はあるが、弁護士と依頼者との間のコミュニケーションが記録された文書等が、開示から保護される対象になるというものである。

注3 ハードコアのカルテル

価格協定、市場分割協定、入札談合などをいう。

注4 リニエンシー制度

各国により、要件・効果が異なる部分はあるが、競争当局に協力して情報を提供した違反者に対して、課徴金などの免除又は減額の恩典が与えられる制度である。

インタビューを終えて

独禁法は、海外の手続とも密接に関連し、その関係も意識しなければならない分野です。企業活動がグローバル化する中で、各国の実情を理解し備えることが、適切な判断をするために重要だと感じました。2月にはシンポジウムを予定しております。ご期待ください。(研究員 泉地賢治)